9729

Der vormundschaftliche Schutz

des

minderjährigen Haussohns

nach

römischem Rechte, nach gemeinem Rechte

und nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt

von

Robert Ackermann,

Referendar.

Rostock.

Carl Boldt'sche Hof-Buchdruckerei.

1899.

Meiner Mutter

widme ich diese Zeilen.

Litteratur.

Karlowa: Römische Rechtsgeschichte.
Mandry: Das gemeine Familiengüterrecht.
Fitting: Das castrense peculium.
Köppen: System des heutigen römischen Erbrechts.
von der Pfordten: Civilistische Abhandlungen. 1840. Abhandlung 2.
Kraut: Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts.
Rudorff: Das Recht der Vormundschaft.
Savigny: System des heutigen römischen Rechts.
Savigny: Obligationenrecht.
Sintenis: Das praktische gemeine Civilrecht.
Brinz: Lehrbuch der Pandekten.
Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts.
Dernburg: Pandekten.
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts.
Roth: Deutsches Privatrecht.
Bruns: Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Band X.
Seufferts Archiv.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Buchka und Budde: Entscheidungen des Oberappellationsgerichts Rostock.
Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
Archiv für die civilistische Praxis. Band 75, 76.
Iherings Jahrbücher. Band 25.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes.
Buchka: Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht.
Böhm: Das Vormundschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Fuchs: Das deutsche Vormundschaftsrecht.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552725_0079

Inhaltsübersicht.

Seite.

§ 1. Einleitung 9

Teil I.

Römisches Recht.

§ 2. Die Stellung des Haussohns in Rom 11
§ 3. A. Die Sorge für die Person 14
B. Die Sorge für das Vermögen 17
§ 4. Allgemeine Betrachtungen 17
§ 5. Der Schutz des minderjährigen Haussohns in Bezug auf Rechtsgeschäfte 22
§ 6. Der Schutz des minderjährigen Haussohns in Bezug auf Delikte 28
§ 7. Der Schutz des minderjährigen Haussohns in familien- und erbrechtlicher Beziehung 32
§ 8. Castrense und quasi castrense peculium 36
§ 9. Adventicium regulare 38
§ 10. Adventicium irregulare 45

Teil II.

Gemeines Recht.

§ 11. Die Auffassung des Verhältnisses zwischen Vater und Sohn nach deutschem Recht 47
§ 12. Die Auffassung des Verhältnisses zwischen Vater und Sohn nach gemeinem Recht 50
§ 13. Form und Inhalt der väterlichen Vormundschaft . . . 55
§ 14. A. Die Sorge für die Person 57
B. Die Sorge für das Vermögen 58
§ 15. Der Schutz des minderjährigen Haussohns in Bezug auf Rechtsgeschäfte 58
§ 16. Der Schutz des minderjährigen Haussohns in Bezug auf Delikte 62
§ 17. Der Schutz des minderjährigen Haussohns in familien- und erbrechtlicher Beziehung 63

§ 18. Peculium castrense 65
§ 19. Peculium quasi castrense 67
§ 20. Adventicium regulare 68
§ 21. Adventicium irregulare 71

Teil III.

Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 22. Die elterliche Gewalt des Bürgerlichen Gesetzbuchs . . 72
§ 23. Übereinstimmung von elterlicher Gewalt und Vormundschaft 77
§ 24. Verschiedenheit von elterlicher Gewalt und Vormundschaft 80
§ 25. Der Schutz des Haussohns bei Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter 87
§ 26. Der Schutz des Kindes bei Ausübung der Nutzniessung 88
§ 27. Inwiefern enthalten die Bestimmungen über Ruhen, Verwirken, Entziehen, Endigen der elterlichen Gewalt einen vormundschaftlichen Schutz des Kindes? 92
§ 28. Die Stellung und die Thätigkeit des Vormundschaftsgerichts gegenüber dem Inhaber der elterlichen Gewalt 96

§ 1.

Einleitung.

Die Stellung des Haussohns ist von jeher zu allen Zeiten und in allen Rechten eine doppelte gewesen. Einmal ist der Haussohn Mitglied der Familie, er hat seine Kräfte der Familie zu widmen, er muss zu dem Zwecke den Anordnungen des Familienhauptes gehorchen; er steht unter der Gewalt des Familienhauptes. Dann aber ist er doch auch selbst Rechtssubjekt, hat eigene Ziele und Wünsche, ist eine selbständige Rechtspersönlichkeit. Das gegenseitige Abhängigkeitsverhältnis dieser beiden Stellungen liegt auf der Hand; je grösser und mächtiger die eine, desto kleiner und schwächer naturgemäss die andere. Je mehr der Haussohn seine Kräfte der Familie widmen muss, je stärker seine Abhängigkeit ist, desto geringer die eigene Rechtspersönlichkeit; je stärker die eigene Rechtspersönlichkeit, desto schwächer die väterliche Gewalt. Die Frage, inwieweit dem Haussohn auf Kosten der väterlichen Gewalt selbständige Rechtspersönlichkeit zuzusprechen ist, und umgekehrt, ist von den verschiedenen Rechten verschieden beantwortet worden.

Was nun den vormundschaftlichen Schutz des minderjährigen Haussohns betrifft, so liegt es auf der Hand, dass der Umfang dieses vormundschaftlichen Schutzes mit der eben erörterten Doppelstellung des Haussohns im engsten Zusammenhang steht. Je mehr nämlich die Rechtspersönlichkeit des Haussohns an Stärke zunimmt, je loser sein Zusammenhang mit der Familie wird, desto mehr wird auch der minderjährige Haussohn wie ein

minderjähriger Gewaltfreier behandelt werden, also insbesondere denselben Schutz wie ein minderjähriger Gewaltfreier, nämlich einen vormundschaftlichen Schutz erhalten; nur mit dem Unterschied, dass dieser vormundschaftliche Schutz bei dem minderjährigen Gewaltfreien stets in den Händen eines Vormundes, bei dem minderjährigen Haussohn dagegen regelmässig in den Händen des Vaters und nur ganz ausnahmsweise in denen eines besonderen Vormundes liegen wird. Eine Besprechung dieses vormundschaftlichen Schutzes des minderjährigen Haussohns, wie sie die Aufgabe dieser Arbeit ist, muss also den jeweiligen Stand und Umfang der patria potestas stets im Auge haben. Unter „vormundschaftlichem“ Schutz wird dabei in den nachfolgenden Zeilen jede Unterstützung verstanden, die die Aufgabe hat, unter Hintansetzung der familiären Beziehungen und auf Kosten der väterlichen Gewalt ausschliesslich das Interesse des Kindes zu wahren.

Teil I.

Römisches Recht.

§ 2.

Die Stellung des Haussohns in Rom.

Von den beiden Stellungen des Haussohns als Mitglied der Familie und als selbständiges Rechtssubjekt hat das römische Recht das Hauptgewicht auf die erstere gelegt. Man kann geradezu sagen, der Haussohn war in Rom prinzipiell nur Mitglied der Familie; eine eigene Rechtspersönlichkeit wird ihm in privatrechtlicher Beziehung[1] so gut wie völlig versagt. Der Haussohn kam im Privatrechtsverkehr nur als Mitglied der Familie in Betracht. Er musste seine ganzen Kräfte in den Dienst der Familie stellen und unterstand daher völlig den Befehlen und der Macht des Repräsentanten der Familie, des pater familias. Diesem wiederum stand über seinen Sohn eine fast unbegrenzte Gewalt zu. Dieses völlige Aufgehen der Persönlichkeit des Haussohns in der Familie, eine Erscheinung, in die wir uns heute nur mit Mühe hinein denken

[1] In öffentlich rechtlicher Beziehung besass er dagegen völlig selbständige Rechtspersönlichkeit. l. 9 D. 1, 6: filius familias in publicis causis loco patris familias habetur, veluti ut magistratum gerat, ut tutor detur.

können,[1] ist eine der charakteristischen Eigentümlichkeiten des römischen Rechts. Dies ist den Römern sehr wohl bewusst gewesen.

Gai. I. 55. quod jus proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, quem nos habemus.

Mit dieser scharfen Betonung der Abhängigkeit des Haussohns vom Hausvater steht es im engsten Zusammenhang, dass von einem vormundschaftlichen Schutz des minderjährigen Haussohns im römischen Rechte nur in einem ganz geringen Umfange die Rede sein konnte. Der Vater war Herrscher seines Sohnes, er konnte ihn in seinem Interesse ausnutzen, er konnte über ihn walten, wie über seinen Sklaven.[2] Der uns so nahe liegende

[1] Ihre hauptsächliche Erklärung findet diese Allgewalt der patria potestas wohl in der grossen Macht der römischen Familie. Die Familie war gewissermassen ein Staat im Staat, der römische Staat selbst nur ein Bund von Familien. Jede Familie bedeutete für den Staatsorganismus ein wichtiges Glied. Daher hatte der Staat über die Familie bezüglich der Vorgänge innerhalb der Familie zunächst gar keine Gewalt, und erst mit dem allmählichen Erstarken der Staatsgewalt griff der römische Staat in die Machtsphäre der Familie ein und entriss ihr wenigstens die Befugnisse, die, wie z. B. des jus vitae ac necis in der Hand eines so kleinen Verbandes wie die Familie, zu dem schreiendsten Unrecht führen konnten. Uns muthet diese Machtfülle der patria potestas darum so absonderlich an, weil nach dem Staatsrecht aller modernen Staaten die einzelne Familie in öffentlich rechtlicher Beziehung gar keine Rolle mehr spielt. Unsere Staaten setzen sich aus Bürgern, also Einzelpersonen, nicht aus Familien, also Verbänden, zusammen.

[2] Wenn Karlowa II, S. 91, den egoistischen Charakter der patria potestas leugnet, und an die Stelle desselben den Familienegoismus setzt, so bleibt dies für die obigen Ausführungen belanglos. Denn ob der Haussohn nun dem Egoismus der Familie oder dem des pater familias zum Opfer fällt, die Hauptsache für uns ist, dass der Haussohn auf Grund der eigentümlichen Familienorganisation der eigenen Rechtspersönlichkeit beraubt und eines vormundschaftlichen Schutzes so gut wie garnicht teilhaftig wurde.

Gedanke, dass der Vater der natürliche Vormund seines minderjährigen Sohnes ist, ist dagegen dem römischen Rechte im ganzen fremd geblieben. In Rom war der Vater in erster Linie Gewalthaber. Nach Art eines Vormundes ausschliesslich das Interesse des Kindes zu vertreten, hiess für den Vater, sich eigener Rechte begeben. So haben denn auch die Juristen der Römer den Vater nie als Vormund betrachtet. Dies geht klar daraus hervor, dass sie bei der Behandlung der Lehre von der Vormundschaft ausdrücklich die Hauskinder ausschliessen und sich ausdrücklich dagegen verwahren, die Lehren der Vormundschaft auf Haussöhne auszudehnen; so pr. J. 1, 13,[1] woselbst die unter einer potestas stehenden Personen direkt gegenüber gestellt werden den unter einer Vormundschaft stehenden Personen. (cf. auch unten S. 20.)

Aus dieser Allgewalt der römischen patria potestas darf jedoch noch nicht geschlossen werden, dass die Römer in Bezug auf das Verhältnis des Vaters zum Sohne reine Barbaren gewesen wären. Die Sitte wird auf die Ausübung der dem Vater zustehenden Rechte einschränkend gewirkt haben und die Macht der Sitte ist grade auf ein Verhältnis so interner Natur, wie das zwischen Vater und Sohn, das sich der rechtlichen Regelung gerne entzieht und überwiegend durch die Sitte geregelt wird, von der einschneidensten Bedeutung. So wird thatsächlich eine Bevormundung des Sohnes durch den Vater, ein durch den Vater dem Sohne gewährter Schutz auch in Rom bestanden haben; rechtlich aber nicht. Wir haben es hier aber grade nur mit dem auf Rechtssatz beruhenden vormundschaftlichen Schutz zu thun.

[1] Zu dieser Stelle bemerkt Glück, Band 28, S. 446: „Vormundschaft kann also nur bei Personen vorkommen, die sich in keiner potestas befinden.“ Die Stelle stammt übrigens von Gaius, also aus der Zeit vor Konstantin, so dass sie auf die Umbildung der väterlichen Gewalt zur väterlichen Vormundschaft, wie sie sich für das jüngste römische Recht bei der Verwaltung der Adventizgüter — cf. unten § 9, § 10 — anzubahnen beginnt, nicht zu beziehen ist. — cf. auch l. 239 pr. D. 50, 16.

§ 2.

A. Die Sorge für die Person.

Es ist schon darauf hingewiesen, dass das römische Recht dem Haussohn fast jede Rechtspersönlichkeit grundsätzlich abgesprochen hat. In Beziehung auf das persönliche Wohl des Haussohns äussert sich dieser Satz darin, dass die Person des Haussohns der unbeschränkten eigennützigen Herrschaft des Hausvaters unterlag. Die höhere Kultur hat allmählich humaneren Ideen Raum geschafft. Es ist daher älteres und jüngeres römisches Recht zu scheiden.

Für das ältere römische Recht unterstand der Haussohn der absoluten Gewalt des Vaters. Die zeitweise vertretene Behauptung, er habe gradezu im Eigentum seines Vaters gestanden, ist zwar nicht nach allen Richtungen hin haltbar.[1] Dagegen hat die Machtbefugnis des Vaters über seinen Sohn mit der über seinen Sklaven unstreitig wenigstens grosse Ähnlichkeit. Die unumschränkte Machtbefugnis des Vaters dokumentiert sich am stärksten in den drei Rechten der noxae deditio, des jus vendendi und des jus vitae ac necis. Alle drei sind quellenmässig bezeugt.[2] Von den beiden erstgenannten Rechten konnte der Vater nach freier Willkür Gebrauch machen. Zur Ausübung des jus vitae ac necis war zwar der Sitte gemäss die Zustimmung des aus Verwandten gebildeten Familiengerichts (consilium domesticum) erforderlich,[3] aber der Vater war rechtlich nicht gebunden, diese Vorschrift der Sitte einzuhalten. Bei dieser Machtfülle des Vaters konnte von einem vormundschaftlichen Schutz des Kindes keine Rede sein. Ein Vormund neben dem Vater war nach älterem römischen Recht direkt unzulässig, pr. J. 1, 13, und Rechtssätze, die den Vater gezwungen hätten, seine

[1] Karlowa II. S. 79.
[2] Gai. IV. § 75; Gai. I. § 117—118; Coll. IV. 8.
[3] Karlowa II. S. 81.

Gewalt im Sinne einer Vormundschaft, also im Interesse des Kindes zu handhaben, sind in dieser Periode nicht vorhanden.

Diese harten Grundsätze haben sich dann im Laufe der Jahrhunderte schon für das römische Recht etwas abgeschwächt. Der Staat beginnt in die Machtsphäre der Familie einzugreifen. Das Recht der noxae deditio wird beseitigt,[1] das jus vendendi auf den Notverkauf beschränkt.[2] Das jus vitae ac necis ist in ein väterliches Züchtigungsrecht verwandelt,[3],[4] und dieses väterliche Züchtigungsrecht selbst ist insoweit beschränkt, als der Vater schwere Strafen nicht mehr, wie nach älterem Rechte, selber verhängen darf, vielmehr in solchem Falle die Strafe statt durch den Vater, unter Berücksichtigung der Anträge des Vaters, durch die Obrigkeit zu bestimmen ist.[5] Im Wesentlichen ist also dem Vater nur noch die Erziehungs- und Züchtigungsgewalt verblieben und selbst diese steht ihm nicht mehr in dem Maasse allein und unter allen Umständen zu wie früher. Es kann nämlich unter Umständen nach l. 3 § 5 D. 43, 30[6] die Mutter verlangen, dass der Haussohn nicht bei dem Vater, sondern bei ihr bleibt, und es liegt auf der Hand, dass, wenn der Sohn bei der Mutter verweilt, damit die Erziehungs- und Züchtigungsgewalt dem Vater so gut wie völlig entrissen wird. Unter welchen Umständen der Mutter dies Recht zustehen soll, ergeben die Worte ob nequitiam patris mit einiger Sicherheit. Die ratio legis scheint dabei zu sein:

---

[1] § 7 J. 4. 8.

[2] l. 2. C. 4. 43.

[3] l. 2. D. 48, 8.

[4] Für die Langsamkeit, mit der sich diese Entwicklung vollzog, ist es ein beredtes Zeichen, dass noch die lex Pompeia de parricidiis vom Ende des 7. Jahrhunderts der Stadt den Vater nicht unter den Personen aufführt, die einen Verwandten-Mord begehen können. Karlowa II. Seite 82, Note 1.

[5] l. 3. C. 8, 46 und l. 2. D. 48, 8.

[6] So auch l. 1 § 3. D. 43, 40.

„Wenn der Vater sich einem liederlichen Lebenswandel hingiebt, so ist genügende Befürchtung vorhanden, dass er zur Ausübung seiner Erziehungsrechte unfähig wird und sein Kind verwahrlosen lässt. Deshalb ist es im Interesse des Kindes besser, wenn es seiner Mutter anvertraut wird.“ Es bricht sich in dieser Quellenstelle also zum ersten Mal die Anschauung Bahn, dass das Erziehungsrecht des Vaters in gewissem Sinne eine Erziehungspflicht enthält, dass daher die Rechtsordnung die Aufgabe hat, die Erziehung des Kindes dem Elternteil zu übergeben, der die Interessen des Kindes am besten zu leiten geeignet ist, sie daher dem in dubio hierzu befähigteren Teile, dem Vater dann zu nehmen, wenn sie in seinen Händen eine offenbare Gefährdung des Kindes bedeuten würde. Auf derselben Auffassung beruht[1] noch eine ganze Reihe weiterer Quellenstellen: l. 1 § 3. D. 43. 30; lex unica l. 5, 24; l. 5. D. 37, 12; l. 3 § 4 und § 6 D. 43, 30. Schliesslich ist auch das ein nicht zu unterschätzendes Argument für die im neueren römischen Recht angebahnte Auffassung des Erziehungsrechtes als Erziehungspflicht, dass zu den seit der Kaiserzeit klagbaren Alimenten auch die Erziehungskosten gerechnet wurden.[2] Der Gedanke, dass der Vater nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, sein Kind zu schützen, findet einen sehr klaren Ausdruck in l. 17 § 18 D. 47, 10, woselbst, wenn der Grossvater-Gewalthaber die actio injuriarum für den beleidigten Enkel nicht an-

[1] Wie vorsichtig dieser neue Gedanke zuerst zum Ausdruck gekommen ist, geht einmal daraus hervor, dass zu Folge l. 3 § 5 D. 43, 30 diese Massregel nur ergriffen werden soll „causa cognita“, also unter genauer Berücksichtigung des Einzelfalls, und dass diese Quelle ausdrücklich hinzufügt, diese Massregel solle jedoch erfolgen „sine deminutione patriae potestatis.“ Nicht minder zaghaft lässt endlich die auf einen ähnlichen Fall gemünzte l. 1. § 3 D. 43, 30 diese Massregel nur zu „ex justissima scilicet causa“.

[2] Windscheid II. § 514 N. 10. § 475 N. 12.

zustellen vermag, diese actio dem Vater gegeben wird, mit der Begründung: patri, ad cujus officium pertinet, etiam vivente avo filium suum in omnibus tueri.

Das Resultat der Entwicklung ist somit dahin zu fixieren: das justinianeische Recht kennt einen vormundschaftlichen Schutz der Person des minderjährigen Haussohns nicht, sondern macht für die Stellung der Person des Hauskindes die totale Abhängigkeit vom Hausvater grundleglich. Doch sind diese Grundsätze insofern durchbrochen, als das justinianeische Recht den schroffsten Auswüchsen der patria potestas, wie z. B. dem jus vitae ac necis die Spitze abgebrochen hat, und die väterliche Gewalt im Wesentlichen nur noch als Erziehungs- und Züchtigungsgewalt anerkennt, und ferner insofern, als es, wie die eben erörterten Quellenstellen bezeugen, von dem Bestreben geleitet ist, diese Erziehungs- und Züchtigungsgewalt nach vormundschaftlichen Grundsätzen, d. h. so, dass die Interessen des Kindes dabei gefördert werden, zu regeln, und so das Erziehungsrecht in eine Erziehungspflicht umzuwandeln.

B. Die Sorge für das Vermögen.

§ 4.

Allgemeine Betrachtungen.

Für die Beantwortung der Frage, inwieweit dem minderjährigen Haussohn in Bezug auf sein Vermögen ein vormundschaftlicher Schutz zu teil wurde, sind fünf Sätze des römischen Rechts grundleglich und bedürfen daher zuvörderst der Erörterung:

1.

Der Haussohn war aktiv vermögensunfähig. Alles, was er erwirbt, erwirbt er also dem Hausvater. Dieser Satz steht zweifellos fest und ist allseitig anerkannt.[1]

[1] Mandry I. § 1 bis § 3. Karlowa II. S. 83 folgende.

Denn er ist quellenmässig mehrfach bezeugt, vor allen durch Gai. II. 87: igitur quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nancisuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur. ipse enim qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest.

Das peculium profectitium[1] des Haussohns bildet keine Ausnahme des Dogmas der aktiven Vermögensunfähigkeit des Haussohns. Denn es ist nur faktisches, nicht rechtliches Vermögen. Höchstens ist insofern eine Vermögensfähigkeit des Haussohns vorhanden, als die Forderungen zwischen Hausvater und Haussohn, wenngleich nicht klagbar, den Betrag des peculium profectitium erhöhen oder vermindern.[2]

2.

Der Haussohn ist verpflichtungsfähig, also passiv vermögensfähig. Auch dieser Satz ist allgemein anerkannt,[3] auch er ist quellenmässig mehrfach bezeugt, vor allen wiederum durch Gaius:

l. 39, D. 44, 7: filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest.

Dieser Satz ist zunächst geeignet, Befremden zu erregen, wenn man ihn mit dem eben erörterten Prinzip der Vermögenslosigkeit des Haussohns zusammenhält. Wer kein Vermögen hat und haben kann, der wird schwerlich einen Gläubiger finden, der ihm auch nur den geringsten Kredit giebt, da ja eine Execution in das Vermögen notorisch resultatlos verlaufen muss. Der

[1] Das peculium profectitium fällt hier, wie auch weiterhin, durchaus in den Rahmen dieser Arbeit, da auch ein „minderjähriger" Haussohn ein peculium profectitium haben konnte. Mandry II. § 55 S. 36.

[2] Windscheid II. § 289 Note 24.

[3] Mandry I. § 36 folgende. Karlowa II. S. 91 folgende.

Einwand, dass dem Gläubiger ja die Personalexecution zu Gebote stand, ist nicht stichhaltig. Denn Karlowa[1] und Mandry[1] haben überzeugend nachgewiesen, dass diese Personalexecution gegen den Haussohn von dem Hausvater inhibiert werden konnte, und zwar deswegen, weil durch diese Personalexecution die patria potestas beeinträchtigt, ja z. B. bei der venditio trans tiberim des in Schuldknechthaft geratenen Sohnes geradezu vernichtet worden wäre.[2] Dass trotz alledem der Haussohn verpflichtungsfähig war und diese Verpflichtungsfähigkeit auch praktische Bedeutung hatte, wird jedoch aus folgenden Gesichtspunkten einigermassen verständlich:

a) die Vermögenslosigkeit des Haussohns hörte mit dem Augenblick, in dem er gewaltfrei wurde, auf; seine aktive Vermögensunfähigkeit war gewissermassen nur suspendiert. Es hatte also der Gläubiger des Haussohns begründete Aussicht, wenn nicht sofort, so doch später befriedigt zu werden;

b) seitdem es das Institut des peculium profectitium gab[3], d. h. seitdem der Haussohn faktisch Vermögen hatte, war der Haussohn in der Lage, aus diesem Vermögen mit Genehmigung des Vaters seinen von ihm übernommenen Verpflichtungen nachzukommen;

c) endlich ist durch die actiones adjectitiae qualitatis, denen zu Folge der Hausvater in gewissem Umfang etwa die Stellung eines gesetzlichen Bürgen erhält, die Lage des Gläubigers des Haussohns erheblich gesichert.

3.

Die Voraussetzungen der Verpflichtungsfähigkeit, insbesondere die verschiedenen Grade der Verpflichtungsfähigkeit je nach den ver-

[1] Karlowa II. S. 90, 91. Mandry I. S. 407 fg.

[2] Die Personalexecution wurde dadurch inhibiert, dass der Vater des interdictum de liberis exhibendis gegen den exequierenden Gläubiger anstellte. l. 1. § 2 D. 43, 30. Dernburg I. § 52 Note 5.

[3] Oben S. 18 Note 1.

schiedenen Altersstufen sind für Haussöhne die gleichen wie für Gewaltfreie. Dieser Satz ist unbestritten und wird durch zahlreiche Quellenstellen erhärtet. l. 39. D. 44, 7. l. 6. § 7. D. 19, 1. l. 1. § 4. D. 15, 1 verglichen mit l. 5. § 1. D. 26, 8.

4.

Der Haussohn durfte keinen Vormund haben. Potestas und Vormundschaft schlossen sich aus. Nur Gewaltfreie konnten einen Vormund haben. Dieser Satz ist unbestritten,[1] er beruht darauf, dass das römische Recht nicht, wie wir heutzutage, unterschied: „Minderjährige und Volljährige“ und erst die Minderjährigen in Gewaltfreie und Hausunterthänige zerteilte, sondern dass es das entscheidende Gewicht auf den Unterschied von gewaltfrei und hausunterthänig legte und erst jede dieser Gruppen ihrerseits wieder in Minderjährige und Volljährige zerteilte, mithin beide Gruppen total verschieden behandelte und die Grundsätze über minderjährige Gewaltfreie auch nicht im geringsten auf minderjährige Haussöhne anwendete.

5.

Zwischen Hausvater und Haussohn bestehen keine klagbaren Verbindlichkeiten. Ursprünglich war nach römischem Recht eine juristische Verbindlichkeit zwischen Hausvater und Haussohn überhaupt nicht möglich.[2] Es ist dies ein Ausfluss der Auffassung des römischen Rechts, dass das Hauskind völlig in der Familie aufgeht und jede selbständige Vermögensstellung entbehrt. Eine juristische Verbindlichkeit setzt zwei sich selbständig gegenüberstehende Vermögenskreise voraus und einen solchen Vermögenskreis hatte das Kind dem Vater gegenüber in Rom nicht.

---

[1] pr. J. 1, 13. l. 239 pr. D. 50, 16. Glück, Band 28, S. 446. Windscheid II. § 432 Note 5.

[2] Windscheid II. § 289 Note 27.

Als dann das peculium profectitium aufkam und damit ein thatsächliches Vermögen für das Hauskind geschaffen wurde, hat das römische Recht auch zwischen Vater und Sohn Verbindlichkeiten anerkannt. Wie aber das peculium profectitium selbst nur thatsächlich nicht rechtlich Vermögen des Haussohns war, so hat das römische Recht auch den auf das peculium profectitium bezüglichen Obligationen zwischen Vater und Kind nur den Charakter der Naturalobligation, nicht den einer vollen civilen, klagbaren Obligation verliehen.[1] Bedingung der naturalen Obligation ist, dass das Hauskind ein peculium profectitium hat. Man hat dies bestritten und unter Streichung dieser Bedingung gesagt,[2] zwischen Haussohn und Hausvater sind alle Obligationen möglich, sie sind aber nur naturale. Allein die Annahme von Naturalobligationen zwischen Vater und Sohn, die sich beim peculium profectitium sehr gut erklärt, lässt sich ausserhalb des peculium profectitium mit der Vereinigung aller Vermögensrechte in der Person des Hausvaters nicht genügend in Einklang setzen, sie steht mit der historischen Entwicklung, deren Ausgangspunkt zweifellos das Leugnen jeder juristischen Verbindlichkeit zwischen Vater und Sohn ist, im Widerspruch. Des Näheren ist diese Ansicht widerlegt von Mandry.[3] Im Einklang mit ihm und mit Windscheid[4] scheint uns daher die Ansicht richtig: zwischen Hausvater und Hauskind können im römischen Recht, wenn man von den beim peculium profectitium, aber auch nur bei diesem, vorkommenden Naturalobligationen absieht,[5] keine Verbindlichkeiten bestehen.

---

[1] Windscheid II. § 289 Ziffer 6.

[2] von der Pfordten. Civilistische Abhandlungen 1840. Abs. 2 und Brinz II. S. 46.

[3] Mandry I. S. 157 folgende.

[4] Windscheid II. § 289 Ziffer 6.

[5] Eine weitere Ausnahme bilden die zwischen Vater und Kind bestehenden Alimentations-Verbindlichkeiten, die seit der Kaiserzeit klagbar wurden.

§ 5.

Der Schutz des minderjährigen Haussohns in Bezug auf Rechtsgeschäfte.

Es ist nun an der Hand der eben erörterten fünf Sätze festzustellen, in welchem Umfang dem minderjährigen Haussohn in den einzelnen Altersstufen in Bezug auf Rechtsgeschäfte ein vormundschaftlicher Schutz zu teil wurde.

a) Der Haussohn infans. Er kann, abgesehen von dem Fall der sogenannten lex donatorum rerum,[1] selbständig nichts erwerben, und er kann sich selbständig nicht verpflichten.[2] Während aber der gewaltfreie Infans durch Vermittlung eines Vormundes erwerben und sich verpflichten kann, besteht eine solche vormundschaftliche Vertretung für den gewaltunterthänigen Infans nicht. Für ihn liegt auch gar kein Bedürfnis nach dieser Richtung vor. Der gewaltfreie Infans hat eigenes Vermögen. Die Verwaltung eines Vermögens bringt den Abschluss von Erwerbs- und Verpflichtungsgeschäften mit unabweislicher Notwendigkeit mit sich. Dem gewaltfreien Infans muss also, da er persönlich zum Abschluss solcher Geschäfte unfähig ist, ein gesetzlicher Vertreter gegeben werden, der für ihn abschliesst. Der Haussohn infans dagegen ist vermögenslos, aktiv vermögensunfähig als Haussohn, passiv vermögensunfähig, weil er verpflichtungsunfähig ist; eine Vermögensverwaltung kommt für ihn mithin gar nicht in Frage, es lag also auch für das römische Recht kein Grund vor, ihm durch Gewährung eines gesetzlichen Vertreters den Abschluss von Erwerbs- und Verpflichtungsgeschäften zu ermöglichen.

Wurde dem Haussohn infans eine Erbschaft deferiert, so konnte der Vater anstatt des Kindes die Erbschaft

[1] Darüber Dernburg I. § 179 Note 7, 8.

[2] Da der Haussohn kein eigenes Vermögen hat, fällt die Frage, inwieweit er veräusserungsfähig ist, hier und bei den späteren Altersstufen als müssig fort.

antreten bezugsweise bonorum possessio erbitten.[1] Doch kann dies nicht als vormundschaftliche Vertretung bezeichnet werden. Denn die Aktiva der Erbschaft fielen bei der Vermögensunfähigkeit des Haussohns sofort an den Vater und auch die Passiva blieben nicht auf dem infans, als dem heres, hängen, sondern gingen gleichfalls auf den Vater über. Die ganze Erbschaft als universum jus[2] fiel dem Vater anheim. Ob er antreten wollte oder nicht, lag in seiner Hand, und die Frage, ob dies im Interesse seines Sohnes (infans) sei, war für seine Entschliessung vielleicht faktisch von Einfluss, rechtlich jedoch völlig irrelevant.

Dies gilt im Wesentlichen auch für das Vermächtnis. Dasselbe fällt ipso jure an, und zwar mit Aktivis und Passivis an den Vater, nicht an den Sohn.[3] Das Repudiationsrecht steht als dem Vertreter des Sohnes dem Vater zu. Aber auch hier ist die Vertretung keine vormundschaftliche. Denn machte der Vater von dem Repudiationsrechte Gebrauch, so war dies nicht ein Akt vormundschaftlicher Vertretung für den Sohn, sondern ein eigennütziger Akt im Interesse seines, des Hausvaters eigenen Vermögens.

b) der Haussohn infantia maior. Er konnte, wie der Gewaltfreie gleichen Alters, selbständig erwerben,[4] und zwar konnte er alle nur denkbaren Erwerbsgeschäfte selbständig abschliessen. Eine Ausnahme bildete, und hierin unterscheidet er sich von dem gewaltfreien infantia maior, die in jure cessio, die dem Haussohn als Erwerbsgeschäft versagt war.[5] Eine Verallgemeinerung

[1] Windscheid III. § 596 Note 14.

[2] Mandry I. § 13 Ziffer 4. b) Seite 114 folgende.

[3] Mandry I. § 13 Ziffer 2. a) Seite 101 folgende.

[4] Natürlich erwarb er alles, was er erwarb, seinem Vater, selbst gegen dessen ausgesprochenen Willen. Mandry I. § 15. Ziffer 2. S. 130, 131.

[5] Mandry I. § 8. Seite 63 folgende. Savigny: System III. Seite 93. Note d.

dieser Ausnahme auf alle Erwerbsgeschäfte, die wie die in jure cessio[1] eigenes Vermögen voraussetzten, ist unzulässig.[2] Selbständig verpflichtungsfähig[3] ist der Haussohn infantia maior gerade so wenig wie der gleichaltrige Gewaltfreie. Dem Gewaltfreien wurde aber der Abschluss von Verpflichtungsgeschäften dadurch ermöglicht, dass ihm ein tutor gegeben wurde, der unter anderem die Aufgabe hatte, den beschränkten Willen des inpubes infantia maior durch seine auctoritatis interpositio zu ergänzen. Ein solcher vormundschaftlicher Beistand[4] fehlt nun völlig bei dem Haussohn infantia maior.

l. 141, § 2 D. 45, 1. pupillus, licet ex quo fari coeperit, recte stipulari potest, tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur. Ebenso § 10. J. 3, 19.

Es ist also der Haussohn infantia maior gerade so wie der Herrsohn infans völlig verpflichtungsunfähig. Es erklärt sich dieser Satz aus denselben Gründen wie der oben Seite 22 erörterte Satz, dass der Haussohn infans im Gegensatz zum gewaltfreien infans nicht einmal durch einen gesetzlichen Vertreter verpflichtet werden konnte. Bei dem Haussohn infantia maior, der kein eigenes Vermögen haben konnte, war eben ein Bedürfnis der Verpflichtungsfähigkeit nicht vorhanden, und darum war es ganz unnötig, dem Vater eine ähnliche Macht wie die

---

[1] Die in jure cessio erforderte wegen der erforderlichen typischen Worte „hanc rem meam esse ex jure Quiritium“ aktive Vermögensfähigkeit.

[2] Mandry I. § 8. S. 65.

[3] Ueber die Veräusserungsfähigkeit cf. S. 22, Note 2.

[4] Sobald der Mensch einen rechtserheblichen Willen hat, also vom 7. Lebensjahre an, hat das römische Recht bei seiner prinzipiellen Abneigung gegen die direkte Stellvertretung für die Vormundschaft die Form des Beistandes und nicht die der Vertretung gewählt. Vertreter war im römischen Rechte nur der Vormund des infans.

tutoris auctoritas zu verleihen, bloss damit der Sohn Schuldner werden könne.[1]

Neben den reinen Erwerbs- und den reinen Verpflichtungsgeschäften giebt es nun noch gemischte Geschäfte, die teils Erwerbs-, teils Verpflichtungsgeschäfte sind, wie die synallagmatischen Verträge und meist auch der Erbschaftsantritt, da eine Erbschaft in der Mehrzahl der Fälle doch nicht nur aus Aktiven besteht. Was zunächst die synallagmatischen Verträge betrifft, so greifen hier, wo der Erwerb dem Hausvater zufallen würde, die Verpflichtung, aber bei der Verpflichtungsunfähigkeit des Haussohns infantia maior nicht zu Stande kommen kann, die Grundsätze der negotia claudicantia Platz. Es kann dem klagenden Hausvater also die exceptio non adimpleti contractus entgegengehalten werden,[2] der Gegenkontrahent ist aber dem Vater gegenüber insofern im Nachteil, als den Grundsätzen der negotia claudicantia gemäss nur der Vater, nicht auch der Gegenkontrahent auf Erfüllung klagen kann. Der Vater wird klagen oder nicht klagen, je nach dem das Geschäft, das der Haussohn abschloss, für ihn, den Vater, vorteilhaft ist oder nicht. Hierin eine vormundschaftliche Vertretung des Haussohns durch den Vater zu sehen, ist natürlich völlig unmöglich, da der Vater bei seiner Wahl, ob er aus dem Geschäfte klagen will oder nicht, nach dem Interesse des Kindes überhaupt nicht fragt und auch gar nicht zu fragen braucht.

Was den Erbschaftserwerb betrifft, so stand der gewaltunterthänige infantio maior anders da als der gleichaltrige Gewaltfreie. Bei letzterem vollzog sich dieser Akt durch auctoritatis interpositio des tutors.[3] Ganz anders bei dem Haussohn, bei dem eine auctoritatis interpositio durch den Vater nicht bestand; der Haussohn musste also persönlich und allein antreten, aber er durfte dies nur

---

[1] Savigny System II. Beilage 5, S. 431.
[2] Mandry I. § 19. S. 147.
[3] Dernburg III. § 161. Note 8.

jussu patris thun. Der jussus ersetzte hier also die auctoritatis interpositio. Dass der Sohn diesem jussus Folge leistete,[1] konnte der Vater bei der Machtfülle der patria potestas erzwingen. Trat nun der Sohn jussu patris an, so wurde der Vater als Erbe behandelt.

Gai. II. 87: et ideo si heres institutus sit, nisi nostro jussu hereditatem adire non potest; et si jubentibus nobis adierit, hereditas nobis adquivitur proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus also mit der Wirkung, dass nicht etwa nur die aktiva auf den Vater übergingen und die Passiva auf dem Sohn hängen blieben, sondern Aktiva und Passiva als universum jus auf den Vater übergingen.[2]

Bei dem Legat war solch jussus nicht nötig, da es ipso jure erworben wird und zwar auch wieder dem Hausvater, nicht dem Haussohn.[3] Das Repudiationsrecht machte denn auch der Vater, nicht der Sohn geltend.

Dieser jussus beim Erbschaftserwerb und die Ausübung des Repudiationsrechtes beim Vermächtniserwerb sind nun nicht als Akte vormundschaftlichen Schutzes aufzufassen. Denn ob der Vater von diesen Rechten Gebrauch machte, lag völlig in seiner Hand; ein Rechtssatz, der den Vater gezwungen hätte, jussus und Repudiationsrecht so auszuüben, dass er das Interesse des Kindes dabei im Auge habe, ein Rechtssatz, der diesen Rechten also einen vormundschaftlichen Charakter beigelegt hätte, besteht nicht Es steht das Hauskind selbst bewussten Schädigungen durch den Vater[4] machtlos gegenüber.

[1] Uebrigens sind jussus und auctoritatis interpositio grundverschiedene Dinge. Ent. des Reichsgerichts XV. S. 195: „insbesondere darf einem väterlichen jussus nicht die Wirksamkeit eines vormundschaftlichen Konsenses beigelegt werden."

[2] Mandry I. § 13. Ziffer 4. b) S. 114.

[3] Gai. II. 87: et convenienter scilicet legatum per eos nobis adquintur.

[4] Dieser unterliess z. B. bei reicher Erbschaft die Erteilung des jussus, so dass die Erbschaft, die der Sohn, wenn auch nicht sofort, so doch später als der Erbe seines Vaters erhalten haben würde, ihm nun völlig verloren war.

c) Der Haussohn pubes minor. Er ist fähig, Erwerbsgeschäfte mit Ausnahme der in jure cessio[1] vorzunehmen, erwirbt aber nur dem Hausvater, nicht sich selbst. Er ist völlig verpflichtungsfähig[2] und zwar verpflichtet er sich selbst. Während aber der gewaltfreie pubes minor einen curator haben konnte und später sogar indirekt genötigt wurde, sich einen curator zu nehmen, entfällt diese Möglichkeit für den Haussohn pubes minor. Denn das römische Recht liess neben dem Vater einen Vormund nicht zu[3] und der Vater selbst war in Rom Gewalthaber, nicht Vormund seines Sohnes. Es unterlag also die Verpflichtungsfähigkeit des Haussohns pubes minor genau denselben Grundsätzen wie die Verpflichtungsfähigkeit eines gewaltfreien pubes minor, der keinen curator hatte.

Hinsichtlich der synallagmatischen Verträge gelten dieselben Grundsätze wie für den infantia maior.[4] Zwar ist der Haussohn pubes minor verpflichtungsfähig und es wäre denkbar, dass die Berechtigung aus dem synallagmatischen Vertrag auf den Hausvater überginge, während die Verpflichtung bei dem Haussohn verbliebe. Aber diese Konsequenz hat das römische Recht im Interesse des Gegenkontrahenten nicht gezogen, so dass also dem die Berechtigung einklagenden Vater von dem Gegenkontrahenten die exceptio non adimpleti contractus entgegengehalten werden kann.[5]

Hinsichtlich des Erwerbs von Erbschaft und Vermächtnis sind für den Haussohn pubes minor dieselben Grundsätze wie für den Haussohn infantia maior massgebend; also:

---

[1] Darüber oben S. 23. 24.

[2] Ueber die Veräusserungsfähigkeit cf. oben S. 22, Note 2.

[3] Oben S. 20.

[4] Oben S. 25, wie dort fehlt daher auch hier bezüglich der synallagmatischen Rechtsgeschäfte dem Haussohne jede vormundschaftliche Unterstützung.

[5] Mandry I. § 19.

1. er darf Erbschaften nur jussu patris antreten. Das Repudiationsrecht bei Vermächtnissen steht nur dem Vater zu;

2. beim Erwerb von Erbschaft und Vermächtnis gehen auch jetzt noch, obgleich im Gegensatz zum Haussohn infantia maior der Haussohn pubes minor voll verpflichtungsunfähig ist, nicht nur die Aktiva, sondern auch die Passiva auf den Vater über.[1] Wie dort, so ist auch hier bei dem Haussohn pubes minor der väterliche jussus und die Ausübung des Repudiationsrechtes durch den Vater nicht als vormundschaftlicher Schutz aufzufassen.[2]

Somit wurde ein vormundschaftlicher Schutz auch dem Haussohn pubes minor nicht zu Teil. Wie bedenklich dieser Satz in Verbindung mit der vollen Verpflichtungsfähigkeit und der aktiven Vermögensunfähigkeit des Haussohns pubes minor in seinen Konsequenzen sein musste, zeigen deutlich das S. C. Macedonianum und das den früheren Hauskindern wegen Schulden aus der Zeit der väterlichen Gewalt gegebene beneficium competentiae. Beide Institute sind, um diesen bedenklichen Konsequenzen zu steuern, aus dem Bedürfnis erwachsen, dem Haussohn, wenn auch nicht direkt einen Vormund zu geben, so doch wenigstens vor Überschuldung bezugsweise Not Schutz zu gewähren, tragen also den Keim eines vormundschaftlichen Schutzes in sich.

§ 6.

Der Schutz des minderjährigen Haussohns in Bezug auf Delikte.

Hier ist zu scheiden: α) das Hauskind begeht ein Delikt; β) gegen das Hauskind wird ein Delikt begangen.

---

[1] Mandry I. § 13 Ziffer 4. b) S. 114. Gai. II. 87.

[2] Siehe die Seite 26 gegebene Begründung.

a.

Die Deliktsfähigkeit der Haussöhne ist dieselbe wie die der Gewaltfreien. Dass bei der Begehung eines Delikts durch den Haussohn ein vormundschaftlicher Schutz undenkbar ist, versteht sich von selbst. Hier fragt es sich nur, ob bei der Haftung für seine Delikte der minderjährige Haussohn in Rom eine vormundschaftliche Unterstützung fand. Dabei sind älteres und neueres römisches Recht zu scheiden.

Nach älterem Rechte wurde für die Delikte des Haussohns nicht nur der Haussohn, sondern auch der Hausvater verhaftet. Letzterer konnte jedoch seine Haftung durch noxae deditio des Sohnes abwenden. Dadurch ist jede vormundschaftliche Unterstützung des Haussohns bei der Haftung ausgeschlossen. Denn schon die Möglichkeit einer noxae deditio spricht jedem vormundschaftlichen Schutze Hohn.

Nach neuerem Rechte ist die noxae deditio abgekommen,[1] und gleichzeitig mit ihr auch der Satz, dass neben dem Haussohn auch der Hausvater haftet.[2] Der Haussohn haftet allein. Man könnte nun denken, dass es ja dann mit den Ersatzansprüchen des durch das Delikt des Haussohns Geschädigten übel gestanden hätte, da ja der Haussohn kein Vermögen hatte und die Personalexecution grade so gut wie bei der Execution aus Rechtsgeschäften[3] mit der patrio potestas in Konflikt gekommen wäre. Diese Gefahr bestand jedoch für den Geschädigten nicht. Denn einmal konnte die actio judicati auch dann de peculio angestellt werden, wenn die das Hauskind kondemnierende Sentenz auf eine Deliktsklage hin erfolgt war[4] — und thatsächlich war, als das Institut der noxae deditio, das sich bis in die klassische Zeit erhalten hat,

[1] § 7. J. 4, 8.
[2] Mandry II. S. 617, 618.
[3] Oben Seite 19 Note 1.
[4] Mandry II. S. 617. 618.

abkam, das Institut des peculium profectitium sehr verbreitet.[1] Ferner aber konnte in klassischer Zeit, die gegen das Hauskind erwirkte Verurteilung wenigstens dann gegen das Hauskind mittels Personalexecution realisiert werden, wenn der Hausvater sich auf die Noxalklage nicht einlassen will.

l. 34, l. 35. D. 9, 4: quotiens enim nemo filium familias ex causa delicti defendit, in eum judicium datur. Et si condemnatus fuerit filius, judicatum facere debet, tenet enim condemnatio.

Da der Hausvater zu dieser defensio nicht gezwungen werden konnte, sondern es in seiner freien Willkür stand, die Personalexecution von seinem Sohne abzuwenden oder nicht, ist auch im neueren römischen Recht von einer vormundschaftlichen Unterstützung des Haussohns bei der Haftung aus seinen Delikten nicht die Rede.

Nach unserer heutigen Anschauung würde der Vater vor allen die Aufgabe haben, sein Kind an der Begehung von Delikten zu verhindern. Diese Aufgabe hat der Vater auch schon nach römischem Recht gehabt. Zwar ist dies nicht direkt ausgesprochen; doch ergiebt sich diese Pflicht indirekt aus der Bestimmung,[2] dass die Unterlassung der Verhinderung des gekannten und zu verhindernden Deliktes seines Sohnes seitens des Hausvaters als Teilnahme am Delikt gilt. Der Hausvater haftet, wie wenn er selbst das Delikt begangen hätte, d. h. für alle privatrechtlichen Folgen desselben, und zwar ohne die Befugnis zur Befreiung durch noxae deditio des Sohnes, als des eigentlichen Delinquenten.[3]

β.

Gegen das Hauskind wird ein Delikt begangen. Hier liegt das Bedürfnis eines vormundschaftlichen Schutzes

[1] Darüber, dass auch minderjährige Haussöhne ein peculium profectitium haben konnten, siehe Seite 18 Note 1.

[2] Mandry II. S. 620.

[3] Mandry II. S. 620.

besonders nahe, noch ganz besonders für das römische Recht, welches bei der geringen Ausbildung des öffentlichen Strafrechts zahlreiche heute vom Staatsanwalt ex officio zu verfolgende Thatbestände als Privatdelikte hinstellt. Diesem Bedürfnis ist daher schon durch das römische Recht trotz der Abneigung desselben gegen den vormundschaftlichen Schutz der Haussöhne in gewissem Sinne Rechnung getragen worden. Zunächst dadurch, dass der Vater berechtigt ist, die Beleidigungen und Verletzungen seines Sohnes durch Dritte zurückzuweisen, indem er die actiones ex delicto für den Haussohn anstellt. Ferner konnte, wenn der Vater nicht in der Lage ist, für den Haussohn die Klage anzustellen und für den Haussohn ein dringendes Bedürfnis an der alsbaldigen Geltendmachung vorliegt, der Haussohn selbst die Klage erheben und utili judicio eine Verurteilung des Delinquenten herbeiführen.[1]

Grade diese letztere Möglichkeit des Haussohns, selber zu klagen, wenn der Vater verhindert ist, zeigt, dass, wenn der Vater wirklich klagt, er als Vertreter und im Interesse seines Kindes klagt, er also gewissermassen als vormundschaftlicher Vertreter des Haussohns bezeichnet werden darf. Immerhin bestand doch auch nach dieser Richtung noch ein wesentlicher Unterschied zwischen dem minderjährigen Haussohn und dem minderjährigen Gewaltfreien. Der Vormund des letzteren war zufolge seiner Stellung als Vertreter der Interessen des Mündels *verpflichtet*, die Deliktsklage geltend zu machen. Der Haussohn dagegen war, wenn der Vater in der Lage war, persönlich zu klagen, aber nicht klagen wollte, machtlos. Aber auch diesem Missstand hat schon das römische Recht wenigstens in einzelnen Fällen und zwar da, wo er am schreiendsten war, zu steuern versucht. Es durfte nämlich der Haussohn[2] mit der a. injuriarum auch dann klagen,

[1] l. 18 § 1. D. 5, 1.

[2] Und zwar auch der *minderjährige* Haussohn; die l. 18 § 1. D. 5, 1 nimmt ausdrücklich auf den Fall des Studenten Bezug.

wenn der Hausvater oder sein procurator den Schutz durch Klagerhebung zwar gewähren konnte, aber in nicht zu rechtfertigender Weise nicht gewährte.[1] Dass es unter den zahlreichen Deliktsklagen grade die actio injuriarum ist, die der Sohn auch gegen den Willen des Vaters anstellen darf, erklärt sich daraus, dass bekanntlich nichts das Ansehen so zu schädigen vermag, als wenn man eine Ehrverletzung ungesühnt lässt, und dass es bei dieser Unersetzlichkeit der Ehre daher eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Sohnes gewesen wäre, den Schutz seiner Ehre lediglich von dem guten Willen seines Vaters abhängig zu machen. Aus diesem Gesichtspunkte rechtfertigt es sich auch, wenn man[2] die Möglichkeit einer Klage des Sohnes auch gegen den Willen des Hausvaters schon für das römische Recht nicht nur für die actio injuriarum sondern für alle actiones vindictam spirantes annimmt, wenngleich direkte Quellenzeugnisse nur für die actio injuriarum vorliegen.

Zusammenfassend ist also zu sagen: Ein vormundschaftlicher Schutz wurde dem durch Delikte verletzten Haussohn in Rom insofern zu teil, als sein Vater die Deliktsklagen anstrengen konnte. Weigerte sich der Vater grundlos, so war der Haussohn, abgesehen von den actiones vindictam spirantes, die er gegen den Willen seines Vaters selber anstellen konnte, schutzlos.

§ 7.

Der Schutz des minderjährigen Haussohns in familien- und erbrechtlicher Beziehung.

a) in familienrechtlicher Beziehung.

Hinsichtlich der Verlöbnisfähigkeit und der Ehemündigkeit gelten für Haussöhne dieselben Grundsätze

[1] l. 17 § 13—17 D. 47, 10.

[2] Mandry I. § 27. S. 225. Savigny System. Band II. S. 121—131.

wie für Gewaltfreie. Zur Gültigkeit der Ehe des Haussohns bedurfte es der Zustimmung des Hausvaters, ebenso zur Gültigkeit des Verlöbnisses.[1] Verweigerte der Vater die Zustimmung zur Ehe ohne Grund, so konnte er zur Erteilung der Zustimmung im Wege der Klage gezwungen werden.[2] Man darf keinen Anstand nehmen, das Erfordernis der Zustimmung zur Eheschliessung als vormundschaftlichen Beistand zu bezeichnen. Es sollte nach verständiger Würdigung des Sachverhaltes der Vater wie ein Vormund seine Zustimmung geben oder versagen. Dass er hier schon nach römischem Rechte nur als Vormund, d. h. als Vertreter nur der Interessen des Kindes in Betracht kommt und kommen darf, geht zur Genüge daraus hervor, dass die Erteilung seiner Zustimmung nicht lediglich von seinem guten Willen abhing, sondern bei grundloser Verweigerung erzwungen werden konnte. Demnach hat also hinsichtlich der Eheschliessung das römische Recht dem Haussohne in der That einen vormundschaftlichen Beistand gegeben. Freilich nur im Effekt; direkt als Vormund seines Kindes bezeichnen die Quellen den Hausvater auch in diesem Falle nicht. Zum Bewusstsein ist den Römern die Stellung des Vaters als natürlicher Vormund seines Sohnes also selbst hier nicht gekommen.

Was die Verpflichtung zur Alimentation anlangt, die ja mit in das Familienrecht schlägt, so ist eine solche dem älteren römischen Rechte nicht bekannt. Aber mit diesem Grundsatz musste naturgemäss gebrochen werden. Wenn auch das römische Recht dem Haussohne jede privatrechtliche Rechtspersönlichkeit grundsätzlich absprach, in dem Punkte seiner rein physischen Erhaltung musste es ihm doch bald eine relative Selbständigkeit und rechtliche Unabhängigkeit von dem pater familias gewähren. Es konnte das römische Recht nicht dulden,

---

[1] pr. J. 1, 10 u. l. 7 § 1. D. 23, 1.
[2] l. 19. D. 23, 2.

dass z. B. ein reicher Vater seinen Sohn einfach verhungern liess. So hat denn das römische Recht in der That — freilich erst spät, nämlich erst in der Kaiserzeit — die sittliche Verbindlichkeit des Vaters zur Ernährung des Sohnes zur rechtlichen gesteigert und die Alimentationsverbindlichkeit für klagbar erklärt. Auch diese Bestimmung trägt, wenn man sie speziell auf minderjährige Haussöhne anwendet, immerhin in gewisser Beziehung einen vormundschaftlichen Charakter, da sie bezweckt, ausschliesslich das Interesse des Kindes auf Kosten der väterlichen Gewalt zu unterstützen und insofern eine Einschränkung der väterlichen Gewalt enthält. Ein Rechtssatz, der die Eltern zur Erhaltung des Kindes verpflichtet, zeigt, dass die väterliche Gewalt nicht lediglich als Machtfülle, sondern auch als Pflicht und Verantwortung aufgefasst werden soll.

b) in erbrechtlicher Beziehung.

Über den Erwerb von Erbschaft und Legat ist schon oben gesprochen;[1] hier bleibt nur die Beerbungs- und Testierfähigkeit der Haussöhne während ihrer Minderjährigkeit, sowie die Frage nach der vormundschaftlichen Unterstützung, soweit eine solche nach dieser Richtung überhaupt möglich ist, zu erörtern.

Der Haussohn ist einer Beerbung nicht fähig. l. 11. D. 46, 1, nec est ulla hereditas. Es ist dies nach der herrschenden Meinung[2] eine notwendige Folge seiner Vermögenslosigkeit. Fraglich ist nur, was denn aus den Schulden des verpflichtungsfähigen Haussohns bei seinem Tode wurde. Für diese haftete, wenigstens in gewissem Umfange, der Hausvater mit den actiones adjectitiae qualitatis, aber nicht in seiner Eigenschaft als Erbe seines Sohnes, sondern als Hausvater. Ebenso lag dem Vater die Übernahme der sacra ob, die ja sonst der Erbe besorgen muss.

[1] Oben Seite 22, 23, 25—28.

[2] Abweichende Meinungen citiert bei Mandry I. § 23.

Die Kehrseite der Beerbungsunfähigkeit ist die Unfähigkeit des Haussohns zur Errichtuug letztwilliger Verfügungen. Er ist unfähig zur Errichtung von Testamenten und Kodizillen, von Erbeinsetzungen, Legaten und Fideikommissen.[1] Der Einwand, dass ja auch fremde Werte und Sachen gültig vermacht werden können, demnach der Haussohn also im Stande wäre, Vermächtnisse zu errichten, ist unhaltbar, weil jedes Vermächtnis Beerbung des Vermächtnisgebers zur Voraussetzung hat, der Haussohn aber, wie oben gezeigt, nicht beerbt werden kann. Deswegen ist aber der Haussohn sehr wohl fähig, zur Vornahme einer mortis causa donatio — allerdings permittente patre[2] —; denn diese ist von der Beerbung des Schenkers ganz unabhängig und kann, da sie auch in Beziehung auf fremde Sachen vorgenommen werden kann, auch von Vermögensunfähigen abgeschlossen werden.

Diese Beerbungsunfähigkeit des Haussohnes und seine Unfähigkeit zur Errichtung letztwilliger Verfügungen schliesst natürlich auch jede vormundschaftliche Unterstützung nach dieser Richtung hin aus. Auch das eigentümliche Institut der Pupillar und der Quasi Pupillarsubstitution kann nicht als vormundschaftlicher Schutz des Kindes, speziell nicht als vormundschaftliche Vertretung des Kindes bezüglich der Erbeinsetzung angesehen werden. Zwar scheint die Schutzbedürftigkeit des unmündigen Haussohns die Veranlassung dieser Institute gewesen zu sein. Denn nach Gaius II. 181 finden diese Institute ihre Ursache in dem Wunsche des Vaters, sein Kind noch über den Tod hinaus vor Frevel zu schützen, indem er ihm in verschlossenen wohlverwahrten Testamentsurkunden einen Erben ernannte und dadurch ungewiss machte, wer im Falle der Wegräumung des Kindes dessen Erbe würde. Aber selbst, wenn diese absonderliche Behauptung des

[1] Anders seit dem Aufkommen des pec. castrense, quasi castrense und der Adventizgüter.

[2] l. 25 § 1. D. 39, 6.

Gaius richtig ist, so erscheint sie doch nur als die äussere Veranlassung und ist in das Institut selbst nicht mit aufgenommen. So, wie das Institut vor uns liegt, wäre es fast unmöglich, ohne die Erklärung des Gaius den Grund dieses Instituts in der Schutzbedürftigkeit des unmündigen Haussohns zu sehen. Das Institut erscheint vielmehr als egoistisches Recht des Vaters, über die Erbschaft seines unmündigen Kindes zu verfügen, und der Gesichtspunkt, das Leben des Kindes zu schützen, tritt demgegenüber so völlig in den Hintergrund, dass man in der Pupillar- und Quasipupillar-Substitution einen vormundschaftlichen Schutz des unmündigen Haussohns und eine vormundschaftliche Vertretung desselben bezüglich der Erbeinsetzung nicht sehen darf.

§ 8.

Castrense und quasi castrense peculium.

Für die Geschichte der patria potestas ist das Institut des castrense peculium von einschneidender Bedeutung. Es bedeutet die erste Anerkennung der Vermögensfähigkeit des Hauskindes. Ausgehend von der Testierbefugnis des Haussohns hat es sich aus einem peculium, also einem Vermögen des Vaters, zu einem Vermögen des Sohnes entwickelt. Den Abschluss dieser Entwicklung stellt insbesondere die Bestimmung Justinians dar, dass das peculium castrense bei Fehlen eines Testamentes nicht mehr jure peculii an den Vater falle, sondern nach den Grundsätzen der Intestaterbfolge vererbt werde. Im Endresultat ist das peculium castrense schon für das römische Recht als ein eigenes Vermögen des Haussohns anzusehen, welches ganz und gar wie das Vermögen eines Gewaltfreien zu beurteilen ist.

Dass auch ein minderjähriger Haussohn ein peculium castrense erwerben kann, liegt auf der Hand. Denn die Voraussetzung des Erwerbs eines peculium castrense ist

lediglich die Eigenschaft als Soldat, und Soldat konnte ein ein pubes minor nach römischer Heeresverfassung sehr wohl sein. Auch besass er als Haussohn pubes minor nach römischem Rechte die zum Abschluss von Erwerbs- und Verpflichtungsgeschäften, wie sie der Erwerb und der Besitz eines castrense peculium mit sich zu bringen pflegt, erforderliche Handlungsfähigkeit.[1] Fraglich konnte es aber sein, ob der minderjährige Haussohn auch eine Erbschaft, die in den kastrensischen Erwerb fallen würde, erwerben konnte.[2] Denn prinzipiell ist dem minderjährigen Haussohn der Erbschaftserwerb im römischen Recht nur möglich „jussu patris",[3] also abhängig von dem guten Willen des Vaters. Das römische Recht hat nun für den Fall der castrensis hereditas von dem Erfordernis des jussus abgesehen.

l. 5. D. 49, 17. Miles filius familias a commilitone vel ab eo, quem militiam agnovit, heres institutus et citra jussum patris suo arbitrio recte pro herede geret.

Es ist also der minderjährige Haussohn fähig, auf jegliche Erwerbsart ein castrense peculium zu erwerben. Die Frage, ob dem minderjährigen Haussohn bezüglich seines castrense peculium ein vormundschaftlicher Schutz zu teil wurde, bedarf also der Erörterung.

Da der Haussohn hinsichtlich des castrense peculium völlig wie ein Gewaltfreier dastand, so würde ihm als pubes minor die Wahl gelassen sein, einen curator zu haben oder nicht, ihm also jedenfalls die Möglichkeit vormundschaftlichen Schutzes geboten sein. Ob dem wirklich so gewesen ist, geht aus den Quellen direkt nicht hervor. Die Quellen erörtern nur den Fall, dass der Haussohn, der ein castrense peculium besitzt, geisteskrank wird.

l. 7. pr. C. 5, 70. cum furiosus, quem morbus detinet

---

[1] Oben Seite 27.

[2] Solche castrensis hereditas lag beispielsweise vor, wenn der Haussohn von einem Kriegskameraden zum Erben eingesetzt wurde.

[3] Oben Seite 25—28.

perpetuus, in sacris parentis sui constitutus est, indubitate curatorem habere non potest, quia sufficit ei ad gubernationem rerum, quae ex castrensi peculio ad eum pervenerint, paterna verecundia.

Es soll also der Vater die Verwaltung des castrense peculium für den Haussohn furiosus übernehmen und nicht ein Vormund, aber natürlich soll er das castrense peculium nach den Grundsätzen der cura furiosi verwalten. Es wird dem Vater also die Stellung eines natürlichen Vormundes gegeben, wenngleich er nicht direkt als solcher bezeichnet wird. Hier also zuerst findet sich für das römische Recht der Gedanke ausgesprochen, dass der Vater nicht nur Gewalthaber, sondern auch Schutzherr und Vormund seines Sohnes sein soll. Um dieses Gedankens willen ist daher diese Stelle von der grössten Wichtigkeit, sie bildet und vermittelt den Übergang von der das römische Recht beherrschenden starren patria potestas zu der das deutsche Recht ausschliesslich beherrschenden väterlichen Vormundschaft.

Ob diese väterliche Vormundschaft schon im römischen Recht auch für den minderjährigen und nicht nur für den geisteskranken Haussohn bestanden hat, ob also die erörterte l. 7 pr. C. 5, 70 schon für das römische Recht auf den minderjährigen Haussohn analog ausgedehnt ist, muss bei dem gänzlichen Schweigen der Quellen über diese Frage dahingestellt bleiben.

Bezüglich des quasi castrense peculium finden die obigen Ausführungen über das castrense peculium entsprechende Anwendung.

§ 9.

Adventicium regulare.

Dass auch der minderjährige Haussohn ein adventicium regulare selbständig erwerben kann, ergiebt sich aus seiner allgemeinen Erwerbsfähigkeit.[1] Bestand das zu

[1] Oben S. 23—28.

erwerbende Adventizgut in einer Erbschaft, so war zu scheiden, ob der Haussohn infans oder infantia maior resp. pubes minor war. War er infans, so hatte für ihn der Vater die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen.[1] Das Kind kann aber später Restitution verlangen, so dass ihm, wenn der Vater böswillig die Erbschaft ausschlägt, dieser Erwerb keineswegs verloren geht.[1] War der Haussohn infantia maior oder pubes minor, so hätte er nach ursprünglichem römischen Recht nur jussu patris antreten können,[2] wäre aber, wenn der Vater den jussus nicht erteilte, nicht in der Lage gewesen, die Erbschaft zu erwerben. Dies hat Justinian beseitigt. Er bestimmte[3] für den Fall einer Meinungsverschiedenheit zwischen Vater und Sohn: Will der Sohn gegen den Willen des Vaters die Erbschaft ausschlagen, so soll der Vater dieselbe auf Grund einer successiven Delation antreten dürfen; und will umgekehrt der Vater, aber nicht der Sohn die Erbschaft ausschlagen, so soll der Vater den ihm deferierten Niessbrauch repudiieren können.[4] Dem minderjährigen Haussohn steht aber in beiden Fällen das Rechtsmittel der in integrum restitutio zu. Somit ist also im justinianeischen Rechte hinreichend dafür gesorgt, dass auch der minderjährige Haussohn ein adventicium regulare selbst gegen den Willen seines Vaters erwerben kann. Es muss daher erörtert werden, inwieweit dem minderjährigen Haussohn hinsichtlich seines adventicium regulare ein vormundschaftlicher Schutz zu teil wurde oder vielmehr, da ja die Verwaltung des adventicium regulare in den Händen des Vaters lag, inwieweit die Verwaltung des adventicium regulare durch den Hausvater eine vormundschaftliche genannt werden darf.

---

[1] Köppen. System des Erbrechts. S. 400—403.

[2] Oben S. 25—28.

[3] Köppen. System des Erbrechts. S. 398, 399, 402 u. 403.

[4] In diesem Falle wurde die Erbschaft dann nicht regulare, sondern irregulare adventicium.

Auf den ersten Blick scheint dieser Verwaltung der Charakter einer vormundschaftlichen Verwaltung allerdings ganz zu fehlen. Denn:

1. Die Verwaltung durch den Hausvater scheint ihrem ganzen Wesen nach eine eigennützige zu sein. Der Vater hat das Niessbrauchsrecht am Kapital; schon dies verträgt sich nicht mit unsern heutigen Auffassungen einer Vormundschaft. Er hat ferner erheblich stärkere Rechte als der gewöhnliche Niessbraucher. Er ist nicht an die dem Niessbraucher bei Ausübung seines Rechtes sonst gezogenen Schranken gebunden; er braucht nicht wie der gewöhnliche Niessbraucher Kaution zu leisten, er braucht nicht wie der gewöhnliche Niessbraucher Rechnung zu legen, er braucht nicht wie der gewöhnliche Niessbraucher ein Inventar zu errichten.

l. 8 § 4 d. C. 6, 61, paterna reverentia eum excusante et a ratociniis et a cautionibus et ab aliis omnibus, quae usufructuarii extranei a legibus exiguntur.

Alles dies steht mit der Idee einer vormundschaftlichen Verwaltung in Widerspruch und scheint auf die Idee einer selbstnützigen Verwaltung hinauszulaufen.

2. Wäre der Vater hinsichtlich des adventicium regulare Vormund seines Sohnes, so würde er zur Kautionsleistung, Rechnungslegung und Inventarisierung, die ihm zwar als einem besonders privilegierten Niessbraucher (oben 1) erlassen sind, doch in seiner Eigenschaft als Vormund verpflichtet sein. Thatsächlich ist er aber von der Kautionsleistung, Rechnungslegung und Inventarisierung völlig befreit, steht also anders da als der Vormund.

So sehr nun auch diese Gründe gegen den vormundschaftlichen Charakter der Verwaltung des Vaters sprechen, so lässt sich doch zu Gunsten der Auffassung des Vaters als Vormund über das regulare adventicium gegen diese Gründe mancherlei geltend machen.

ad 1. Der selbstnützige Niessbrauch des Vaters ist allerdings nicht wegzuleugnen und hinsichtlich der Nutzung

des regulare adventicium kann von einer vormundschaftlichen Unterstützung nicht die Rede sein. Dies schliesst aber eine vormundschaftliche Verwaltung hinsichtlich der Erhaltung der Substanz des adventicium regulare nicht aus. Die Aufgabe jedes Vormundes ist eine doppelte; einmal hat er für die Erhaltung des ihm überlieferten Mündelgutes zu sorgen und ferner hat er im Interesse des Mündels für einen möglichst reichen Ertrag aus diesem Gute zu sorgen. Beide Aufgaben sind in der Regel vereint, aber es wäre verfehlt, da, wo die Nutzungen nicht dem Mündel zufallen, also auch die erste Aufgabe als ausgeschlossen zu betrachten. So schliesst der väterliche Niessbrauch noch nicht aus, dass der Vater wie ein Vormund verpflichtet ist, für die Erhaltung des Adventizgutes zu sorgen.

ad 2. Auch aus der Thatsache, dass der Vater von der Kautionsleistung, Rechnungslegung und Inventarisierung befreit ist, folgt noch nicht, dass er nicht Vormund ist; ebenso gut lässt sich daraus folgern, dass er nur ein besonders privilegierter Vormund ist; und diese Folgerung erscheint uns die richtigere. Denn das Verhältnis zwischen Vater und Sohn ist in erster Linie ein sittliches, ein moralisches. Es stellt einen internen Kreis dar, in den die Rechtsordnung möglichst wenig hineinwirken soll. Die Rechtsordnung darf von der Voraussetzung ausgehen, dass der Vater auch ohne besondere Kaution, Rechnungslegung und Inventarisierung das Vermögen seiner Kinder gut verwalten wird und eine solche gute Verwaltung für seine sittliche Pflicht halten wird. Kautionsleistung, Rechnungslegung und Inventarisierung sind in gewisser Beziehung Misstrauensvota. Das Recht würde den Vater durch Auferlegung solcher Pflichten schwer kränken. Dies hat auch das römische Recht sehr wohl empfunden, wenn es sagt: l. 8. § 4 d. C. 6, 61 (citiert Seite 40): paterna reverentia eum excusante.[1]

[1] So auch Seufferts Archiv. Band XX. 48.

Erlassen ist dem Vater also Kautionsleistung, Rechnungslegung und Inventarisierung nicht, um sein Niessbrauchsrecht besonders stark zu gestalten, sondern weil das römische Recht von der Voraussetzung ausging, der Vater werde auch ohne solche Sicherungsmittel das Vermögen seines Kindes nicht angreifen.

Niessbrauch, Freiheit von Kautionsleistung, Rechnungslegung und Inventarisierung sind also mit dem Charakter der väterlichen Verwaltung als einer vormundschaftlichen — soweit sich die Verwaltung auf die Erhaltung der Substanz des regulare adventicium bezieht — sehr wohl zu vereinigen. Direkt befürwortet scheint der vormundschaftliche Charakter der väterlichen Verwaltung durch folgende Rechtssätze:

1. Vor allen kann die Verwaltung dem Vater entzogen und einem besonderen Curator übertragen werden, wenn der Vater das Vermögen des Kindes zu verschleudern oder zu verschwenden anfängt.[1] Darüber, dass dieser Satz indirekt die Verpflichtung enthält, die Substanz des regulare adventicium intakt zu halten, also wie ein Vormund für die Erhaltung des Vermögens zu sorgen, kann kein Zweifel sein.

2. Der Vater ist verpflichtet, das regulare adventicium mit aller Sorgfalt und so zu verwalten, dass es intakt bleibt.[2]

l. 1 § 1. C. 6, 60: parentes omnem debent rei tuendae diligentiam adhibere.

l. 2. C. 6, 60: integra illibataque custodiat. Danach ist der Vater also auch insofern bereits im römischen Recht als Vormund über das regulare adventicium aufgefasst, als er für die Erhaltung der Substanz desselben für levis culpa — also sogar noch stärker wie der gewöhnliche, nur für culpa in concreto haftende Vormund — haftet.

[1] l. 13. § 2. C. 9. 51. Windscheid II. § 517 Note 5a. Natürlich verliert aber der Vater in diesem Falle nicht auch den Anspruch auf die Einkünfte.

[2] Windscheid II. § 517 Note 5.

3. Auch dass der Vater an der Veräusserung des regulare adventicium durch Veräusserungsverbote verhindert ist, spricht für seine Auffassung als Vormund. Freilich bestanden solche Veräusserungsverbote für den Vater bezüglich des regulare adventicium nicht in demselben Umfang wie für den gewöhnlichen Vormund bezüglich des Mündelgutes. Die Stellung des Vaters war nämlich insofern eine freiere als:

a) ihm nur die Veräusserung von Sachen aus dem regulare adventicium verboten war, während ihm die dem gewöhnlichen Vormund versagte Einziehung und Umlegung von Forderungen und Kapitalien erlaubt war.[1]

b) ihm die Veräusserung dann gestattet war, wenn sie zum Zwecke der Abtragung von Schulden und Lasten, welche das Kind mit dem Erwerbe überkommen hat, erfolgte,[2] während dem gewöhnlichen Vormund diese Veräusserungsbefugnis in diesem Falle versagt war.

Sieht man von diesen beiden Ausnahmen zu a) und b) ab, so ist der Vater in der Hauptsache nicht befugt, über die Substanz des regulare adventicium zu verfügen, steht also prinzipiell dem Vormund gleich; nur dass er etwas freier als dieser dasteht.

4. Wie im späteren römischen Recht dem Mündel eine Generalhypothek am Vermögen des Vormunds, so ist dem Haussohn eine Generalhypothek am Vermögen des Vaters gewährt worden; zwar nicht zur Sicherung des gesamten regulare adventicium, aber doch zur Sicherung wichtiger Bestandteile desselben.[3]

---

[1] Windscheid II. § 517 Note 8.

[2] Windscheid II. § 517 Note 12. Bestanden diese Schulden und Lasten in wiederkehrenden Leistungen, so musste sie der Vater aus den Einkünften des regulare adventicium bestreiten. Auf diesen Fall bezog sich also die Veräusserungsbefugnis nicht.

[3] Nämlich: a) des Ehegewinns, welcher dem Vater von der Mutter zugekommen und infolge zweiter Ehe oder sofort an die Kinder gefallen ist; b) alles dessen, was die Kinder von der Mutter oder den mütterlichen Ascendenten direkt erworben haben. Windscheid I. § 232 Ziffer 4.

5. Der Vater ist an die Zustimmung seines Sohnes gebunden,[1] wenn er zum Zwecke der Realisierung eines adventizischen Erwerbes oder zum Zwecke der Abweisung eines aus demselben von einem Dritten abgeleiteten Anspruchs einen Prozess führen will. Hier liegt insofern die Auffassung einer vormundschaftlichen Verwaltung vor, als der Vater von dem Sohne an leichtsinnigem Prozessieren verhindert werden kann, also auch nach dieser Richtung hin zu einer vormundschaftlichen Handhabung seiner Verwaltung gezwungen werden kann.

Nach dem so hinsichtlich der Frage, ob dem minderjährigen Haussohne bezüglich seines regulare adventicium ein vormundschaftlicher Schutz zu teil wurde, das Für und Wider erwogen ist, kommen wir zu folgendem Endresultat: Hinsichtlich der Nutzung fehlt jede vormundschaftliche Verwaltung. Dieselben konnten von dem Vater eigennützig ausgenutzt werden. Wenn überhaupt von einer vormundschaftlichen Verwaltung des Vaters die Rede sein kann, so kann sich diese also nur auf die Erhaltung der Substanz des regulare adventicium bezogen haben. Grundsätzlich ist dem römischen Recht auch eine solche vormundschaftliche Pflicht des Vaters fremd.

l. 6. § 2. C. 6, 61: et gubernatio earum sit penitus impunita, et nullo modo audeat filius familias . . . . . vetare eum . . . . . easdem res tenere aut quomodo voluerit gubernare. Thatsächlich ist nun aber dieser Grundsatz durch mannigfache Rechtssätze[2] so eingeschränkt worden und thatsächlich sind durch diese Rechtssätze dem Haussohn solche Garantien für das Intaktbleiben seines regulare adventicium gewährt worden, dass man in diesen Rechtssätzen sehr wohl das Streben des römischen Rechts erkennen darf, dem Vater hinsichtlich der Erhaltung des regulare adventicium nur die Stellung eines Vormundes

[1] Und zwar sobald derselbe geschlechtsreif geworden ist. Windscheid II. § 517 Note 7.

[2] Oben Seite 42—44.

zu geben. Erreicht ist das Ziel dieses Strebens für das römische Recht noch nicht. Der Vater stand hinsichtlich der Verwaltung trotz aller dieser ihn einschränkenden Rechtssätze noch immer viel freier da als der Vormund. Aber es ist die Machtstellung des Vaters doch schon von vormundschaftlichen Grundsätzen durchsetzt, und man kann daher wohl sagen, der Vater unterlag bei der Verwaltung des regulare adventicium, soweit sie sich auf die Erhaltung der Substanz bezog, und nicht auf die Nutzung, manchen Rechtsnormen, die einen ausgesprochen vormundschaftlichen Charakter tragen.

§ 10.

Adventicium irregulare.

Bezüglich der Frage, ob auch minderjährige Haussöhne ein irregulare adventicium erwerben können, ist auf die Ausführungen Seite 38 und 39 zu verweisen, die auch hier gelten. Die Frage ist also zu bejahen. Was nun den vormundschaftlichen Schutz des minderjährigen Haussohns bezüglich des irregulare adventicium anlangt, so gilt hier der Satz, dass hier dem minderjährigen Haussohn schon nach römischem Rechte ein vormundschaftlicher Schutz zu Teil wurde.[1] In diesem Falle ist also der Haussohn dem Gewaltfreien völlig gleichgestellt. Fraglich ist nur ein Doppeltes: 1. Wer war nach römischem Rechte der Vormund, ein Dritter oder der Vater? 2. In welcher Art ist diese Vormundschaft zu denken, als gegewöhnliche oder als privilegierte?

1.

Die erste Frage beantwortet sich verschieden nach den verschiedenen Substanzen des irregulare adventicium, und zwar sind hier zu scheiden:

[1] Windscheid II. § 432 Note 5 und die dort Citierten.

a) alles, was dem Kinde mit der ausdrücklichen Bestimmung zugewendet wird, dass der väterliche Niessbrauch ausgeschlossen sei;

b) alle andern Bestandteile des irregulare adventicium.

Hinsichtlich des Bestandteils a) ist zunächst festzuhalten, dass der Geber zweifellos das Recht hat, für den Fall, dass der Haussohn noch eines Vormundes bedarf, ihm einen Vermögensverwalter zu bestellen.[1] Hat der Geber von diesem Rechte keinen Gebrauch gemacht resp. lehnt die von ihm bezeichnete Person die Verwaltung ab oder erweist sie sich als unfähig, so hat in diesem Falle die Obrigkeit einen Vormund zu ernennen, und zwar hat sie in der Ernennung freie Hand, ist also nicht genötigt, in erster Linie den Vater zum Vormund zu ernennen.[2]

Hinsichtlich des Bestandteils b) wurde, falls der Haussohn noch nicht volljährig war, zunächst der Vater zur Vormundschaft berufen. Lehnte derselbe ab, so trat obrigkeitliche Berufung ein.[3]

2.

Bezüglich der zweiten Frage macht es keinen Unterschied, ob die Verwaltung des irregulare adventicium in den Händen eines besonderen Vormunds oder in denen des Vaters liegt, sie ist in beiden Fällen eine rein vormundschaftliche, es unterliegt also der Vater bei der Verwaltung des irregulare adventicium denselben Regeln wie ein Vormund, wenngleich er in den Quellen nicht direkt als Vormund bezeichnet wird.[4]

[1] nov. 117. c. 1.
[2] Windscheid II. § 517 Note 24.
[3] Windscheid II. § 517 Note 25.
[4] Windscheid II. § 432 Note 5.

Teil II.

Gemeines Recht.[1]

§ 11.

Die Auffassung des Verhältnisses zwischen Vater und Sohn nach deutschem Recht.[2]

Wenn angesichts der Doppelstellung des Haussohns als Familienglied und als selbständiges Rechtssubjekt das römische Recht das Hauptgewicht auf die Abhängigkeit von der Familie und die strenge Hausunterthänigkeit des Sohnes gelegt hat, so zeigt sich umgekehrt im deutschen Rechte das unverkennbare Bestreben, das Hauptgewicht auf die Stellung des Haussohns als selbständiges Rechtssubjekt, auf möglichste Unabhängigkeit von der Familie zu legen. Im Einzelnen dokumentiert sich diese Auffassung des deutschen Rechts in folgenden Erscheinungen:

1. Den deutschen Quellen ist ein Institut wie die römische patria potestas völlig unbekannt. Das Verhältnis des Vaters dem minderjährigen Sohne gegenüber wird nicht als ein Gewaltverhältnis, sondern vielmehr im ausgesprochenen Gegensatz zum römischen Recht als ein Schutzverhältnis, als mundium bezeichnet. Unter einem

[1] Bezüglich der übrigen europäischen Rechte cf. Karl Lehmann, Die elterliche Gewalt im Vermögensrechte des heutigen Europa. Ihering. Jahrbücher. Bd. 25.

[2] Vgl. hierzu Karl Lehmann a. a. O. S. 145—150.

mundium befanden sich alle Personen, von denen die Wahrung ihrer Interessen durch eigenes Thun nicht erwartet werden konnte, Gebrechliche, Frauen, Minderjährige. Mundium entspricht dem heutigen Worte Vormundschaft. Es galt der Vater dem deutschen Rechte also als Vormund seiner Kinder.[1]

Verm. Ssp. I. 50, 8: doch so heyst he siner kinder vormunde.

Ssp. I. 11: halt ok de vader sine kinder in vormuntscap.

Das deutsche Recht sieht also die Aufgabe des Vaters nicht wie das römische Recht in einer egoistischen Ausnutzung des Sohnes im Interesse der Familie. Der Vater soll vielmehr seinem Sohne ein natürlicher Vormund sein. So stellt das deutsche Recht den minderjährigen Haussohn dem minderjährigen Gewaltfreien von Anfang an gleich. Während also die Systematik des römischen Rechts die Personen in Gewaltfreie und Gewaltunterthänige unterschied und erst jede dieser einzelnen Gruppen ihrerseits wieder in volljährige und minderjährige einteilte, und dadurch jede analoge Ausdehnung der Rechtssätze über die Vormundschaft auf minderjährige Haussöhne von vornherein ausschloss,[2] bestand für das deutsche Recht der gemeinsame Oberbegriff Mundium, d. h. Vormundschaft, der erst seinerseits in die Unterarten „Vormundschaft über Gewaltfreie", „Vormundschaft über Haussöhne", „Vormundschaft über Frauen", „Vormundschaft über Gebrechliche" zerfiel.[3] Diese Auffassung des Vaters als Vormund ist in den deutschen Quellen denn auch im Einzelnen durchgeführt. So muss z. B. der Vater das Vermögen den Kindern nach ihrer Absonderung gerade wie jeder andere Vormund des deutschen Rechts immer in dem Bestande herausgeben, in welchem er es empfangen

[1] Weitere Quellenbelege bei Kraut II. § 103.

[2] Oben S. 20.

[3] Rudorff I. § 24 Note 26, 27.

hat.[1] Er ist ähnlich wie der Vormund prinzipiell zur Veräusserung des Kindesgutes nicht berechtigt.[2] Er muss, wenn er sich wieder verheiratet, für die Erfüllung seiner Restitutionsverbindlichkeit den Verwandten des Kindes Sicherheit bestellen.[3] Selbst eine Absetzung des Vaters wegen Missbrauchs kann vorkommen.[4]

Lediglich und nur Vormund seines Sohnes war aber der Vater auch nach deutschem Rechte nicht. Es giebt auch im deutschen Rechte Berechtigungen des Vaters über das Kind, die dem gewöhnlichen Vormund über sein Mündel nicht zustehen und die sich auch über die Zeit der Minderjährigkeit des Sohnes hinaus erhalten. Insofern kann man also auch für das deutsche Recht von väterlichen Rechten sprechen. Wie gering diese aber im Vergleich zum römischen Recht waren, geht unter anderem daraus hervor, dass, während die patria potestas, von der emancipatio abgesehen, bis zum Tode des Vaters dauerte, die väterlichen Rechte des deutschen Rechtes mit der wirtschaftlichen Unabhängigkeit des Haussohns — emancipatio Germanica — ihr Ende nahmen.

2. Der Haussohn war im deutschen Rechte im Gegensatz zum römischen Rechte vermögensfähig.[5] In dieser Beziehung ist seine Stellung als selbständiges Rechtssubjekt und Träger eigener Rechte und Pflichten stets anerkannt worden. Der Gedanke, dass aller Erwerb des Sohnes an den Vater falle, ist dem deutschen Rechte völlig fremd gewesen. Bei der schrankenlosen Anerkennung der Vermögensfähigkeit des Haussohns bestand für das deutsche Recht zur Annahme eines faktischen, aber nicht rechtlichen Eigentums, wie sie dem römischen peculium profectitium, als dem Übergangsinstitut von der völligen

---

[1] Kraut II. § 105 Note 14. Ssp. 1, 11.
[2] Kraut II. § 105 S. 610–612.
[3] Kraut II. § 105 Note 15.
[4] Rudorff I. § 24 Note 29.
[5] Stobbe IV. § 254 I. Kraut II. § 105 S. 606.

Vermögensunfähigkeit zur völligen Vermögensfähigkeit zu Grunde lag, kein Bedürfnis. Es hat das deutsche Recht also weder ein peculium profectitium noch auch einem solchen auch nur verwandte Institute gekannt.

3. Bei der Vermögensfähigkeit des Haussohns konnte von der sogenannten unitas personarum des römischen Rechts im deutschen Rechte keine Rede sein. Geschäfte jeder Art zwischen Hausvater und Haussohn waren möglich, und wenn sie abgeschlossen waren, vollgültig und klagbar. War der Haussohn noch minderjährig, so wurde das Geschäft des Vaters mit dem Haussohn unter Vermittlung der obervormundschaftlichen Behörde abgeschlossen.[1]

4. Bezüglich der Handlungsfähigkeit unterlagen nach ausdrücklichen Quellenzeugnissen die minderjährigen Haussöhne genau denselben Grundsätzen wie die minderjährigen Gewaltfreien;[2] auch anders als im römischen Recht.[3]

So hat also das deutsche Recht die Stellung des Hausvaters prinzipiell unter andern, ja unter entgegengesetzten Gesichtspunkten aufgefasst als das römische Recht. Die Schlagworte patria potestas einerseits, väterliche Vormundschaft andrerseits bezeichnen am prägnantesten die Gegensätzlichkeit von römischem und deutschem Recht.

§ 12.

Die Auffassung des Verhältnisses zwischen Vater und Sohn nach gemeinem Recht.[4]

Bei der Verschiedenheit des römischen und des deutschen Rechts bezüglich der Stellung des Hausvaters, hier

[1] Kraut II. § 105 S. 615 folgende, § 109 S. 633.

[2] Kraut II. § 105 S. 614—617.

[3] z. B. war nach römischem Rechte der Gewaltfreie infantia maior durch tutoris auctoritatis interpositio verpflichtungsfähig, wogegen der Haussohn impubes infantia maior sich niemals, selbst nicht auctore patris verpflichten konnte. Oben Seite 24, 25.

[4] Vgl. hierzu Karl Lehmann a. a. O. S. 199—205.

väterliche Vormundschaft, dort patria potestas, musste es infolge der Rezeption des römischen Rechtes zwischen beiden Auffassungen zum Kampf kommen. Die Frage, ob die Lehre von der patria potestas rezipiert ist und im Stande gewesen ist, die deutschrechtliche Auffassung von der väterlichen Vormundschaft völlig zu verdrängen, lässt sich weder absolut bejahen, noch absolut verneinen. So wie das gemeine Recht gestaltet ist, ist es weder reines römisches, noch reines deutsches Recht; in manchen Punkten gilt reines römisches Recht, in manchen ein Gemisch von römischem und deutschem Recht, in manchen reines deutsches Recht.

1. Reines römisches Recht.

Zunächst ist die Lehre des römischen Rechts von der patria potestas durchaus rezipiert worden.[1] Dies ist erklärlich, wenn man bedenkt, wie weit sich die patria potestas im justinianeischen Recht von ihrem ursprünglichen Ausgangspunkt bereits entfernt hatte. Der Haussohn war im justinianeischen Rechte, abgesehen von dem Erwerb a patre und ex re patris, gerade so gut vermögensfähig wie nach deutschem Recht. Das Nutzungsrecht des Vaters am regulären Adventizgut konnte dem deutschen Rechte nicht als etwas Absonderliches erscheinen, da der Vormund des deutschen Rechts bekanntlich stets die Nutzung am Mündelgut hatte, also auch als Vormund seines Kindes der Vater. Hinsichtlich des irregulare adventitium ist der Vater schon im justinianeischen Recht direkt Vormund[2] und hinsichtlich des castrense und quasi castrense peculium wenigstens, wenn das Kind furiosus war.[3] Es ist nun mit der patria potestas insbesondere die ganze Lehre des römischen Rechts von dem castrense und quasi castrense peculium, dem regulare und irregulare

[1] Kraut II. § 106.
[2] Oben S. 45, 46.
[3] Oben S. 37, 38.

adventicium in Deutschland rezipiert worden und endlich sind auch die persönlichen Machtbefugnisse des Vaters über die Person des Kindes rezipiert worden, da sie in der Abschwächung, wie sie uns im justinianeischen Rechte begegnen,[1] nicht wesentlich mit dem deutschrechtlichen Empfinden im Widerspruch standen.[2]

Eine wesentliche Einbusse hat die patria potestas des römischen Rechtes im gemeinen Rechte nur insofern erlitten, als sie, während sie noch im justinianeischen Recht erst mit dem Tode des Vaters erlosch, im gemeinen Recht in Anlehnung an deutsches Recht[3] bereits mit der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Sohnes untergeht (sogenannte emancipatio Germanica).

2. Gemisch von römischem und deutschem Recht.

Zweifelhafter ist es schon, ob römisches oder deutsches Recht gilt bezüglich der Frage, ob der Haussohn etwas aus dem Vermögen des Hausvaters zu freiem Eigentum erwerben kann, oder ob solcher Erwerb immer noch nur peculium profectitium wird, bezüglich der Frage, ob und in welchem Umfange im gemeinen Recht zwischen Vater und Sohn Rechtsgeschäfte möglich sind, und bezüglich der Frage, ob das gemeine Recht ein peculium profectitium kennt.

a) Der Satz des römischen Rechts, dass das Hauskind nichts aus dem Vermögen des Hausvaters erwerben könne, sondern jeder derartige Erwerb nur peculium profectitium sei, hat für das gemeine Recht die wichtige Einschränkung erlitten, dass alles, was der Vater dem Kinde zum Zwecke einer selbständigen Wirtschaft oder zum Zwecke der Abschichtung aus der väterlichen Erb-

[1] Oben S. 15—17.

[2] Über einzelne Milderungen, die sich auch nach dieser Richtung hin später im gemeinen Recht entwickelt haben, siehe unten § 14.

[3] Oben S. 49.

schaft zuwendet, nicht peculium profectitium, sondern freies Eigentum des Sohnes wird.[1] Diese Einschränkung beruht auf gemeinem Gewohnheitsrecht.[2] Auf alle Schenkungen hat diese Einschränkung neuerdings das Reichsgericht ausgedehnt.[3]

b) Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Sohn waren nach römischem Recht nur insoweit gültig und klagbar, als sie sich auf das selbständige Vermögen des Kindes bezogen, also auf das kastrensische und quasikastrensische Gut und nach der allerdings ziemlich alleinstehenden Ansicht von Windscheid[4] auch auf das Adventizgut. Ob das gemeine Recht auf diesem Standpunkte stehen geblieben ist, ist bestritten. Die überwiegende Mehrzahl der Theoretiker[5] erkennt ein Fortschreiten der Rechtsentwicklung zu Gunsten der deutschrechtlichen Auffassung allerdings nicht an; aber gewichtige Stimmen wie Kraut,[6] Dernburg,[7] Windscheid[8] verfechten den deutschrechtlichen Standpunkt, der letztgenannte allerdings nur teilweise. In gleicher Weise differieren die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe;[9] doch spricht sich die Mehrzahl der Entscheidungen für die Gültigkeit und Klagbarkeit jeglicher Art von Rechtsgeschäften zwischen Vater und Sohn aus und seitdem das Reichsgericht (Entscheidungen Band 16 S. 113) diese Ansicht acceptiert hat, ist die Frage für die Praxis im Sinne der deutschrechtlichen Auffassung entschieden, wie dies die auf dieser Reichs-

---

[1] Windscheid II. § 484 Note 2 am Ende.

[2] Siehe die bei Windscheid a. a. O. citierten Entscheidungen.

[3] Entscheidungen des Reichsgerichts XVI, S. 113 und danach Seuff. Archiv XLII, 307.

[4] Windscheid II. § 519 Note 5.

[5] Citiert bei Windscheid II. § 484 Note 2. § 519 Note 5; vor allen § 289 Note 27.

[6] Kraut II. § 109 S. 633 fg.

[7] Dernburg III. § 32 Note 10, 11.

[8] Windscheid II. § 519.

[9] Citiert bei Windscheid II. § 484 Note 2. § 519 Note 5.

gerichtsentscheidung beruhende spätere Entscheidung in Seufferts Archiv XLII 307 zeigt. Es hat daher das römische Recht die deutschrechtliche Auffassung von der prinzipiellen Gültigkeit der zwischen Vater und Sohn abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht völlig zu verdrängen vermocht; das deutschrechtliche Prinzip hat sich in der Praxis zu behaupten gewusst.

Ähnlich steht es mit der Frage, ob es im gemeinen Recht noch ein peculium profectitium giebt. Autoritäten, wie Savigny,[1] Brinz,[2] Kraut[3] und Dernburg,[4] leugnen für das gemeine Recht das Vorhandensein eines peculium profectitium. Aber selbst, wenn man, wie dies die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch thun,[5] den Gegnern einräumen will, dass auch nach gemeinem Rechte ein peculium profectitium möglich ist, das eine ist jedenfalls unbestreitbar, dass das peculium profectitium die Bedeutung, die es im römischen Recht hatte, für das gemeine Recht auch nicht im entferntesten erreicht hat. Während im römischen Recht das peculium profectitium zweifellos eine regelmässige und ungeheuer häufige Erscheinung war, ist dies Institut dem deutschen Rechtsleben fremd geblieben. Neben der deutschrechtlichen Auffassung von der Vermögensfähigkeit des Haussohns war die Annahme eines nur faktischen, nicht rechtlichen Eigentums überflüssig. So hat das deutsche Recht das peculium profectitium, wo nicht beseitigt, so doch wenigstens auf ein ganz minimales Anwendungsgebiet beschränkt.

3. Reines deutsches Recht.

Völlig zum Durchbruch gekommen ist endlich die deutschrechtliche Auffassung von der Stellung des Vaters

[1] Savigny. Obligationenrecht. I. S. 52.
[2] Brinz III. S. 661.
[3] Kraut II. § 109 S. 640 folgende.
[4] Dernburg III. § 32 Note 9.
[5] Motive. Band IV. S. 729, 730.

zum Sohne schon für das gemeine Recht in dem hier ex professo zu erörternden Punkte des vormundschaftlichen Schutzes des minderjährigen Haussohns. Es haben sich nämlich die folgenden beiden Rechtssätze des deutschen Rechts dem römischen Recht gegenüber zu behaupten gewusst:

1. Der minderjährige Haussohn steht in Bezug auf seine Handlungsfähigkeit dem minderjährigen Gewaltfreien völlig gleich.[1] Er bedarf also eines Vormundes.

2. Vormund des Haussohns ist der Vater.

Die Gültigkeit beider Rechtssätze ist nahezu völlig unbestritten; sie beruht auf deutscher Gewohnheit und auf deutschem Gerichtsgebrauch. Beide Rechtssätze sind in zahlreichen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe[2] und ebenso von fast allen Theoretikern[3] anerkannt.

§ 13.
Form und Inhalt der väterlichen Vormundschaft.

Der Vater übt seine väterliche Vormundschaft in denselben Formen aus, wie der gewöhnliche Vormund. Tutela und cura resp. auctoritatis interpositio und consensus curatoris sind beides Beistandsformen. Im gemeinen Recht dagegen wird die Vormundschaft hauptsächlich, um nicht zu sagen ausschliesslich, in der Form der Vertretung gehandhabt. Dieses Zurückdrängen des Beistands und Hervortreten der Vertretung beruht auf deutschem Recht und steht mit der Anerkennung der

---

[1] Anders das römische Recht. z. B. S. 50 Note 3. Bezüglich der Testierunfähigkeit der Haussöhne hat sich jedoch das römische Recht behauptet. cf. unten § 17 S. 65, 66.

[2] Entscheidungen des Reichsgerichts XV. Note 41, 42. Buchka und Budde III. 40—42. Seufferts Archiv XV. 113. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts VI. 630.

[3] Sintenis I. § 17 Note 32. Roth I. § 164 Note 24. Stobbe IV. § 256. Kraut II. § 629. Dernburg I. § 54.

direkten Stellvertretung, die ja dem römischen Rechte im wesentlichen fremd geblieben ist, im engsten Zusammenhang. Natürlich kann auch nach gemeinem Recht der Vormund seine Unterstützung in der Form eines Beistandes leisten. Doch würde in diesem Falle die leichtere Form des consensus curatoris genügen, da die auctoritatis interpositio und ihre Eigentümlichkeiten in Deutschland keine Aufnahme gefunden haben.[1] Die Form, welcher sich der Vater bei der Führung seiner Vormundschaft zu bedienen hat, ist also die der direkten Stellvertretung, als gesetzlicher Vertreter oder die des formlosen Konsenses als gesetzlicher Beistand seines Sohnes.

Inhaltlich steht die väterliche Vormundschaft der Vormundschaft über Gewaltfreie durchaus gleich. Es hat also der Vater, wie jeder Vormund, die Vormundschaft so zu führen, wie dies die Interessen des Kindes erfordern. Das Kind hat bezüglich der Rechtsgeschäfte, welche der Vater für dasselbe abschliesst oder welche es unter Mitwirkung des Vaters abschliesst, dieselben Rechtsmittel wie jeder gewaltfreie Minderjährige, also z. B. sofern nur alle Voraussetzungen vorliegen, das Recht auf in integrum restitutio.[3] Ebenso hat das Hauskind gegen seinen Vater wegen mangelhafter Führung der väterlichen Vormundschaft Regressrechte unter denselben Voraussetzungen wie ein Gewaltfreier gegen seinen Vormund. Andrerseits bringen es jedoch die natürlichen Verhältnisse und der Umstand, dass das Verhältnis zwischen Vater und Kind inniger und enger ist, wie das zwischen Vormund und Mündel, mit sich, dass der Vater in mancher Beziehung freier dasteht, als der gewöhnliche Vormund.

---

[1] Kraut II. § 52, Note 32, S. 114 fg.

[2] Stobbe IV. § 271 Note 2.

[3] Eingehend erörtert grade einen solchen Fall die Entscheidung des Reichsgerichts Band 15 Note 41.

§ 14.

A. Die Sorge für die Person.

Die Bestimmungen des römischen Rechts sind grundsätzlich rezipiert. Nur ist das bereits im justinianeischen Recht angedeutete Bestreben,[1] die Rechte des Vaters über die Person des Kindes, also insbesondere das Erziehungsrecht als Pflichten aufzufassen, im gemeinen Recht noch stärker zum Ausdruck gekommen. So erklärt es sich, dass die letzten Reste der absoluten väterlichen Gewalt, die sich noch im justinianeischen Rechte erhalten haben, im gemeinen Rechte beseitigt sind. So ist von dem Rechte des Vaters, sein Kind in der Not zu verkaufen,[2] keine Rede mehr und die Bestimmung der l. 3 l. 8, 46,[3] dass wenn der Vater den Sohn wegen eines gegen ihn begangenen Vergehens der Obrigkeit überliefert, diese unter Berücksichtigung seiner Anträge die Strafe zu bestimmen habe, verträgt sich weder mit dem Reichsstrafgesetzbuch noch mit dem Gerichtsverfassungsgesetz.

Die Auffassung des Erziehungsrechtes als Erziehungspflicht kommt einmal zum Ausdruck in den allerdings mehr in das öffentliche Recht einschlagenden Bestimmungen über den allgemeinen Schulzwang, ferner vor allem aber auch darin, dass das gemeine Recht nicht bei den wenigen Fällen, in denen in den Quellen dem Vater das Erziehungsrecht entzogen ist,[4] stehen geblieben ist, sondern aus ihnen den allgemeinen generellen Rechtssatz entwickelt hat, dass die Obrigkeit bei offenbarer Gefährdung des Kindes durch den Vater, sowie bei offenbarer Unfähigkeit des Vaters, die Erziehung zu leiten, ex officio eingreifen darf und die Erziehung dem Vater nehmen und einer andern geeigneten Persönlichkeit, zunächst natürlich der Mutter, übergeben darf.[5]

[1] Oben Seite 15—17.
[2] Oben Seite 15 Note 2.
[3] Oben Seite 15 Note 5.
[4] Oben Seite 15, 16.
[5] Windscheid II. § 525 Note 3—5. § 526 Note 1.

So kann man in der That sagen, dass der Vater in seiner Pflicht zur Fürsorge für die Person seines Sohnes im gemeinen Rechte im Wesentlichen einem Vormund gleichsteht, obschon er natürlich, wie dies in der Natur der zwischen Vater und Sohn bestehenden sittlichen Bande liegt, dem Kinde selbständiger und freier gegenübersteht, als ein Vormund seinem Mündel.

B. Die Sorge für das Vermögen.

§ 15.
Der Schutz des minderjährigen Haussohns in Bezug auf Rechtsgeschäfte.

Die prinzipielle Anerkennung einer Vormundschaft über den Haussohn und die prinzipielle Anerkennung der Vermögensfähigkeit des Haussohns sind auf die Art und den Umfang seiner Handlungsfähigkeit natürlich nicht ohne Einfluss geblieben. Es sind die Veränderungen, welche die römischen Grundsätze nach dieser Richtung durch das gemeine Recht erlitten haben, nun für die einzelnen Altersstufen der Reihe nach zu erörtern:

a) Der Haussohn infans. Er ist, abgesehen von der sogenannten lex donatarum rerum,[1] völlig handlungsunfähig. Dagegen kann er im gemeinen Recht sehr wohl durch seinen Vater, als seinen gesetzlichen Vertreter, verpflichtet und berechtigt werden.[2] Hierin unterscheidet er sich vom Haussohn infans des römischen Rechts, dem im Gegensatz zum Gewaltfreien infans keine vormundschaftliche Vertretung zu Teil wurde und der als infans

[1] Oben Seite 22 Note 1.

[2] Die Frage, inwieweit der Vater als gesetzlicher Vertreter zur Veräusserung von Kindesgut befugt ist, beantwortet sich verschieden, je nachdem es sich um freies oder unfreies Kindesgut handelt und ist deshalb erst bei der Besprechung dieser Gütermassen zu erörtern. cf. unten § 18 bis § 21.

selbst nicht mit dem Willen seines Vaters verpflichtet und berechtigt werden konnte.[1] Diese Neuerung des gemeinen Rechts ist die Folge der gemeinrechtlichen Vermögensfähigkeit des Haussohns infans. Solange derselbe wie im römischen Recht vermögensunfähig war, bestand auch kein Bedürfnis, ihm die Möglichkeit zu geben, sich zu verpflichten oder zu berechtigen; erst wenn er wie im gemeinen Recht vermögensfähig ist, erwächst auch für ihn grade so wie für den Gewaltfreien infans ein solches Bedürfnis.

Wird dem Haussohn infans eine Erbschaft deferiert, so hat der Vater als gesetzlicher Vertreter seines Sohnes anzutreten oder auszuschlagen, je nachdem es das Interesse des Sohnes mit sich bringt. Es ist also nicht mehr, wie nach ursprünglichem römischem Recht[2] in seine freie Willkür gestellt, ob er antreten oder ausschlagen soll, sondern er hat seine Wahl wie ein Vormund zu treffen, widrigenfalls dem Haussohn Regressrechte gegen den Vater, sowie auch das Rechtsmittel der in integrum restitutio bezüglich der Antretung oder Ausschlagung erwachsen.[3] Auch erwirbt nicht der Vater die Erbschaft, sondern der Sohn. Das Gleiche gilt von dem Repudiationsrecht bei Vermächtnissen. Auszuüben hat dasselbe als gesetzlicher Vertreter des infans der Vater, aber nicht nach freier Willkür, sondern nach vormundschaftlichen Grundsätzen.

b) Der Haussohn infantia maior. Er ist selbständig erwerbsfähig, und zwar kann er alle denkbaren Erwerbsgeschäfte selbständig abschliessen.[4] Er erwirbt

---

[1] Oben Seite 22.

[2] Oben Seite 23.

[3] Oben Seite 56 Note 3 u. Seite 39.

[4] Die Bestimmung des römischen Rechts, dass der Haussohn infantia maior nicht in der Form der in jure cessio erwerben kann, — oben S. 23, 24 —, ist mit diesem Institut selbst unpraktisch geworden.

aber im Gegensatz zum römischen Recht nicht seinem Vater, sondern sich selbst. Verpflichtungsfähig und veräusserungsfähig ist er nicht.[1] Während er aber nach römischem Recht nicht einmal mit dem Willen oder durch Unterstützung seines Vaters sich verpflichten konnte,[2] steht er in dieser Beziehung im gemeinen Recht dem Gewaltfreien infantia maior völlig gleich. Er kann also unter Mitwirkung seines Vaters sich verpflichten, bezugsweise ohne eigene Mitwirkung durch seinen Vater, als seinen gesetzlichen Vertreter, verpflichtet werden.[3] Diese Neuerung gegenüber dem römischen Recht ist auch hier geradeso wie beim Haussohn infans[4] die Folge der im gemeinen Recht anerkannten Vermögensfähigkeit des Haussohns.

Bezüglich des Erbschaftserwerbs sind die Grundsätze des römischen Rechts völlig beseitigt. Von einem Erbschaftsantritt jussu patris ist im gemeinen Recht keine Rede mehr. Der Antritt bezugsweise die Ausschlagung erfolgt vielmehr entweder in der Form, dass der Vater zu der desbezüglichen Erklärung seines Sohnes den Konsens erteilt oder auch ohne jede Hinzuziehung des Sohnes durch einfache Willenserklärung des Vaters, als des gesetzlichen Vertreters seines Sohnes.[5] Erworben wird die Erbschaft nicht dem Vater, sondern dem Sohne, und ob der Vater ausschlägt oder antritt, bezugsweise seine Zustimmung zu den entsprechenden Willenserklärungen seines Sohnes geben will oder nicht, unterliegt nicht mehr wie

[1] Schliesst er einen synallagmatischen Vertrag ab, so greifen also die Grundsätze der negotia claudi cautia Platz.

[2] Oben Seite 24, 25.

[3] Die Frage nach der Veräusserungsfähigkeit beantwortet sich verschieden, je nachdem es sich um freies oder unfreies Kindesgut handelt und ist daher erst bei der Erörterung dieser Vermögensmassen zu besprechen. cf. unten § 18—21.

[4] Oben Seite 58, 59.

[5] Windscheid III. § 596 Note 18a.

im römischen Recht[1] seiner freien Willkür, sondern seinem vormundschaftlichen Ermessen. Das gleiche gilt bezüglich des Ausschlagungsrechtes bei Vermächtnissen. Ausgeübt wird es entweder allein von dem Vater oder indem er als Beistand zu einer desbezüglichen Willenserklärung seine Zustimmung erteilt. Dabei hat der Vater nach vormundschaftlichem Ermessen zu handeln und nicht nach freier Willkür.

c) Der Haussohn pubes minor. Er unterliegt im gemeinen Recht auf Grund der Reichspolizeiordnungen durchaus denselben Grundsätzen wie der infantia maior. Dies ist eine wesentliche Neuerung gegenüber dem römischen Recht; im gemeinen Recht muss der Haussohn pubes minor unter väterlicher Vormundschaft stehen, im römischen Recht konnte er dies nicht, und zwar im Gegensatz zum Gewaltfreien pubes minor selbst dann nicht, wenn er es wollte.[2] Die Gleichstellung des Haussohns pubes minor mit dem Haussohn infantia maior ist im wesentlichen anerkannt und es besteht nur insofern Streit, als nach Windscheid[3] zwar der Vater des infantia maior, nicht aber der des pubes minor ohne Hinzuziehung des Sohnes eine diesem deferierte Erbschaft antreten darf, so dass für den pubes minor höchst persönliche Erbschaftsantretung erforderlich wäre. Die Praxis hat diese Ansicht Windscheids nicht acceptiert, sondern wie die Erkenntnisse in Seufferts Archiv VII 197, XXXVII 228 zeigen, auch bezüglich des Erbschaftsantrittes den pubes minor dem infantia maior gleichgestellt, also Antretung durch den Vater in der Form der Vertretung zugelassen.

Bei der im übrigen unbestrittenen Gleichstellung von pubes minor und infantia maior finden bezüglich der Frage

---

[1] Oben Seite 25, 26.
[2] Oben Seite 27, 28.
[3] Windscheid III. § 596 Note 19, 1 u. 2.

nach dem vormundschaftlichen Schutz des Haussohns pubes minor in rechtsgeschäftlicher Beziehung somit die Ausführungen zu b) dieses Paragraphen völlig entsprechende Anwendung.

§ 16.
Der Schutz des minderjährigen Haussohns in Bezug auf Delikte.

Die Deliktsfähigkeit der minderjährigen Hauskinder ist im gemeinen Recht wie schon im römischen Recht dieselbe wie der Gewaltfreien gleichen Alters. Begeht der Haussohn ein Delikt, so wird lediglich er selbst, nicht aber, wie z. B. nach älterem römischen Recht,[1] auch der Vater schadensersatzpflichtig. Bei der Beitreibung des Schadensersatzes durch den Verletzten im Prozesswege bekleidet der Vater kraft seiner väterlichen Vormundschaft im Prozess die Stelle des sogenannten gesetzlichen Vertreters der Zivilprozessordnung.

Die erste Aufgabe des Vaters wird es natürlich sein, sein Kind an der Begehung von Delikten zu verhindern. Diese Verpflichtung kommt für das geltende Recht auch im Reichsstrafgesetzbuch § 361 Ziffer 9 zum Ausdruck.

Wird gegen das Hauskind ein Delikt begangen, so ist die zivilrechtliche Seite von der strafrechtlichen zu scheiden. Bezüglich der zivilrechtlichen Seite, also namentlich der Schadensersatzklage, fungiert der Vater als vormundschaftlicher Vertreter und hat nach vormundschaftlichen Grundsätzen zu prüfen, ob er den Schadensersatz beitreiben soll oder nicht. Bezüglich der strafrechtlichen Seite wird ja in der Mehrzahl der Fälle der Staatsanwalt ex officio vorzugehen haben. Handelt es sich um ein Antragsvergehen, so ist der Vater als gesetzlicher Vertreter berechtigt, selber den Antrag zu stellen. R.-St.-G.-B. § 65, 2. Um jedoch nicht in dieser Beziehung den Haus-

[1] Oben Seite 29.

sohn völlig von dem guten Willen des Hausvaters abhängig zu machen, bestimmt § 65, 1 R.-St.-G.-B., dass der Verletzte, welcher das 18. Lebensjahr vollendet hat, also noch minderjährig ist, selbständig zu dem Antrage berechtigt sein soll. Besonders wichtig ist diese Bestimmung begreiflicherweise für den Fall der Beleidigung und nach dieser Richtung gleicht sie der Bestimmung des römischen Rechts, die dem Haussohn — obschon das römische Recht die Ahndung der gegen ihn begangenen Delikte prinzipiell in das Belieben des Vaters stellte — doch erlaubte, die actio injuriarum auch gegen den Willen des Vaters anzustellen.[1]

§ 17.

Der Schutz des minderjährigen Haussohns in familien- und erbrechtlicher Beziehung.

a) in familienrechtlicher Beziehung.

Hinsichtlich der Verlöbnisfähigkeit und Ehemündigkeit stehen die Hauskinder, wie schon nach römischem Recht, den Gewaltfreien völlig gleich. Die Bestimmung des römischen Rechts, das zur Eheschliessung die Zustimmung des Vaters erforderlich ist, ist in das gemeine Recht übergegangen, ebenso die Bestimmung, dass im Falle der Versagung der Einwilligung grossjährige Kinder auf richterliche Ergänzung klagen können.[2] Der Mangel des Konsenses, der nach römischem Rechte die Ehe nichtig machte, ist nach protestantischem Kirchenrechte impedimentum dirimens, nach katholischem nur impediens.

Das Erfordernis der Zustimmung charakterisiert sich, wie schon für das römische Recht,[3] so auch für das gemeine Recht als ein vormundschaftlicher Beistand. Denn

---

[1] Oben Seite 31, 32.

[2] Reichspersonenstandsgesetz § 29, § 32.

[3] Oben Seite 33.

nur so ist es verständlich, dass bei grundloser Verweigerung auf Ergänzung geklagt werden kann. Dass das Recht des Konsenses im gemeinen Recht nicht Ausfluss der väterlichen Gewalt ist, geht einmal daraus hervor, dass es beim Tode des Vaters der Mutter zusteht,[1] die Mutter aber auch noch nach gemeinem Rechte niemals, selbst nicht beim Tode des Vaters die väterliche Gewalt erhält, und vor allem daraus, dass es dem Vater zusteht, auch wenn das Kind nicht unter seiner väterlichen Gewalt steht.[2]

b) in erbrechtlicher Beziehung.

Über den Erwerb von Erbschaft und Vermächtnis durch minderjährige Haussöhne und die Frage, inwieweit und in welcher Form ihnen dabei ein vormundschaftlicher Schutz zu teil wird, ist schon oben Seite 58—62 gesprochen. Hier bleibt nur zu erörtern, inwieweit der minderjährige Haussohn beerbungs- und testierfähig ist und inwieweit ihm bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen eine vormundschaftliche Unterstützung zu teil wird.

Im römischen Recht war der Haussohn ursprünglich beerbungs- und testierunfähig,[3] es hing dies mit seiner damaligen Vermögensunfähigkeit zusammen. Im justinianeischen Recht war das Hauskind im wesentlichen vermögensfähig und infolgedessen auch, soweit es eigenes Vermögen hatte, beerbungsfähig. Beerbt wurde es also hinsichtlich des castrense und quasi castrense peculium, des regulare und irregulare adventitium, nicht aber hinsichtlich des peculium profectitium. Testierfähigkeit dagegen hatte der Haussohn nicht in demselben Umfange

[1] Reichspersonenstandsgesetz § 29, § 32.

[2] Das Reichspersonenstandsgesetz § 29 giebt dem Vater als solchen das Recht des Konsenses, ganz unabhängig von der väterlichen Gewalt.

[3] Oben Seite 34. 35.

erlangt wie Beerbungsfähigkeit. Vielmehr konnte er nur über sein castrense und quasi castrense peculium testieren, nicht auch über sein Adventizgut,[1] welches daher nach den Grundsätzen der Intestaterbfolge vererbt wurde. Diese Bestimmungen des justinianeischen Rechts über Testier- und Beerbungsfähigkeit des Haussohns sind nun merkwürdigerweise ohne jede Veränderung in das gemeine Recht übergegangen; es ist also insbesondere noch nach neustem gemeinen Recht der Haussohn hinsichtlich der Adventizien nicht testierfähig, obgleich ein innerer Grund für diese Unterscheidung von kastrensischem und quasi kastrensischem Gut einerseits, den Adventizien andrerseits nicht mehr besteht. Soweit der Haussohn testierfähig ist, also bezüglich des castrense und quasi castrense peculium ist er es, wie der Gewaltfreie, von der Pubertät an. Zur Errichtung eines auf diese Vermögensmassen bezüglichen Testamentes oder Vermächtnisses, als zu einem höchst persönlichen Akte, bedarf der Haussohn pubes minor dabei ebensowenig des Beistandes seines Vaters wie der gleichalterige Gewaltfreie des Beistandes seines Vormundes.

Das Institut der Pupillar- und Quasipupillar-Substitution ist in das gemeine Recht übergegangen. Ein vormundschaftlicher Schutz des Kindes kann darin aber für das gemeine Recht gerade so wenig gesehen werden, wie für das römische Recht;[2] es ist vielmehr in erster Linie Ausfluss der väterlichen Gewalt.

§ 18.
Peculium castrense.

Der Umfang des castrense peculium ist derselbe geblieben wie im römischen Recht. Das Institut hat noch im neusten gemeinen Recht praktische Bedeutung, wie

[1] Windscheid III. § 539 Note 8.
[2] Oben Seite 35, 36.

dies unbestritten ist und insbesondere von Fitting[1] betont ist. Freilich ist, und dies giebt auch Fitting[2] zu, durch den gemeinrechtlichen Grundsatz von der emancipatio Saxonica die Bedeutung des Instituts erheblich vermindert.

Dass auch der minderjährige Haussohn ein castrense peculium erwerben kann, ist unbestritten und bei der heutigen Heeresverfassung durchaus möglich. Fällt eine Erbschaft in den Erwerb, so gilt bezüglich des Antritts natürlich nicht mehr die Bestimmung des römischen Rechts,[3] dass der Sohn ohne jussus des Vaters antreten dürfe. Vielmehr gelten auch in dieser Beziehung die allgemeinen Bestimmungen des gemeinen Rechts,[4] d. h. der Vater ist unabhängig von dem Willen seines minderjährigen Sohnes als dessen väterlicher Vormund berechtigt, im Wege der gesetzlichen Vertretung, bezugsweise im Einklang mit seinem Sohne im Wege des gesetzlichen Beistands, die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen und der Sohn hat dann eventuell grade so wie der gewaltfreie Minderjährige gegen diese Akte das Rechtsmittel der in integrum restitutio.

War der Haussohn furiosus, so erhielt er nach römischem Recht für sein castrense peculium seinen Vater zum Vormund.[5] Ob dies auch der Fall war, wenn er minderjährig war, darüber schweigen die Quellen.[6] Für das gemeine Recht ist man darüber einig, dass, sofern der minderjährige Haussohn ein peculium castrense hat, die väterliche Vormundschaft auf diesen Erwerb auszudehnen ist.[7] Es hat also in diesem Falle zunächst der

[1] Fitting. Castrense peculium § 90.
[2] Fitting. Castrense peculium § 90.
[3] Oben Seite 37.
[4] Oben § 15.
[5] Oben S. 37, 38.
[6] Oben S. 37.
[7] Windscheid II. § 432 Note 5. Fitting. Castrense peculium S. 358 Note 2, S. 385.

Vater die Vormundschaft zu führen, schlägt er aus, so tritt obrigkeitliche Berufung ein.[1] Es lässt sich diese Erweiterung der römischrechtlichen Bestimmung rechtfertigen, einmal aus einer gewiss statthaften analogen Ausdehnung dieser an sich nur für den furiosus geltenden Rechtswohlthat, insbesondere aber daraus, dass nach dem das gemeine Recht beherrschenden Grundsatze der väterlichen Vormundschaft, jeder Minderjährige, auch der hausunterthänige, einen Vormund haben muss und dieser Vormund für den Haussohn sein Vater ist.

Der Vater hat die Vormundschaft über das castrense peculium wie ein gewöhnlicher Vormund zu führen, ist also insbesondere zur Veräusserung desselben nur in demselben Umfange berechtigt wie der gewöhnliche Vormund zur Veräusserung von Mündelgut.

§ 19.
Peculium quasi castrense.

Der Umfang des quasi castrense peculium ist derselbe wie im römischen Recht. Die Ansicht von Fitting,[2] kraft eines modernen Gewohnheitsrechtes falle in das peculium quasi castrense auch der Erwerb der Notare und Ärzte, sowie jeder Erwerb aus künstlerischer und wissenschaftlicher Thätigkeit, hat keinen Beifall gefunden[3] und wird auch vom Reichsgericht[4] sehr skeptisch behandelt. Direkt verworfen wird vom Reichsgericht[4] die noch weitergehende Ansicht von Bruns,[5] wonach alles, was das Hauskind durch eigne Thätigkeit erwirbt, dem Rechte des quasi castrense peculium zu unterstellen sei.

Dass auch ein minderjähriger Haussohn ein quasi

[1] Windscheid II. § 516 Ziffer 1.
[2] Fitting. Castrense peculium § 88.
[3] Windscheid II. § 516 Note 8.
[4] Entscheidungen des Reichsgerichts XVI. S. 124.
[5] Zeitschrift für Rechtsgeschichte X. S. 179 fg.

castrense peculium erwerben kann, ist unbestritten. Es greifen in diesem Falle, wie allgemein anerkannt, dieselben Grundsätze Platz wie beim castrense peculium eines minderjährigen Haussohns. Der Haussohn erhält also für das quasi castrense peculium einen Vormund, zunächst in der Person seines Vaters und falls dieser ausschlägt, in der Person eines durch die Obrigkeit zu berufenden Dritten. Der Vater hat die Verwaltung wie ein gewöhnlicher Vormund zu führen, ist also insbesondere zur Veräusserung des peculium quasi castrense nur in demselben Umfange berechtigt wie der Vormund zur Veräusserung von Mündelgut.

§ 20.
Adventicium regulare.

Hier gilt im Wesentlichen römisches Recht. Die Bestimmung des justinianeischen Rechts,[1] dass, wenn das zu erwerbende regulare adventicium in einer Erbschaft besteht und bezüglich des Antritts zwischen Vater und Sohn Meinungsverschiedenheit herrscht, der minderjährige Haussohn vorbehaltlich der Restitution — auch gegen den Willen des Vaters antreten darf, ist durch die Grundsätze der väterlichen Vormundschaft für das gemeine Recht beseitigt.[2] Im gemeinen Recht kann der minderjährige Haussohn gegen den Willen seines Vaters ebensowenig eine Erbschaft selbständig antreten oder ausschlagen, wie der Mündel ohne Genehmigung seines Vormundes. Die Entscheidung liegt also allein bei dem Vater. Ist der Sohn einverstanden, so kann der Vater Antritt oder Ausschlagung durch Konsens, also in der Form des Beistandes, ist er nicht einverstanden, auch gegen seinen Willen, in der Form der Vertretung vollziehen. Dem Sohne steht gegen diese Akte das Rechts-

[1] Oben S. 39.

[2] Köppen. System des Erbrechts. S. 403, 404.

mittel der in integrum restitutio unter denselben Voraussetzungen zu, wie dem Mündel gegen entsprechende Akte seines Vormundes.

Bezüglich des Niessbrauchs und der Verwaltung war das römische Recht zu dem Ergebnis gekommen,[1] dass der Niessbrauch vom Vater durchaus selbstisch gehandhabt werden konnte, hinsichtlich der Verwaltung, insbesondere bezüglich der Erhaltung der Substanz, der Vater jedoch manchen Regeln von ausgesprochen vormundschaftlichem Charakter unterliegt. Dies gilt im Wesentlichen auch für das gemeine Recht.[2] Doch zeigt sich im gemeinen Recht, besonders in der Rechtsprechung, ein gewisses Bestreben, das Kind hinsichtlich seines regulare adventicium noch etwas mehr zu sichern, als dies im justinianeischen Rechte der Fall war und dem Kinde auch hinsichtlich des regulare adventicium einen etwas stärkeren vormundschaftlichen Schutz zu gewähren, als im römischen Recht. Im Einzelnen äussert sich dies Bestreben des gemeinen Rechts in Folgendem:

a) Die Einkünfte des regulare adventicium sind nach mehrfachen Entscheidungen der obersten Gerichte,[3] zunächst zur Alimentation, Erziehung und Ausstattung des Kindes zu verwenden. Die Gläubiger des Vaters können sich daher nach der überwiegenden Meinung nur an das halten, was zur Alimentation und Erziehung des Kindes von den Einkünften nicht erforderlich ist. Dieser dem römischen Recht fremde Gedanke findet sich auch in der Konkursordnung ausgesprochen.

K.-O. § 1 Abs. 2: Der Niessbrauch, welcher dem Gemeinschuldner während der Dauer des Verfahrens an

[1] Oben S. 44. 45.

[2] Es kann also auf die Ausführungen S. 40—45 verwiesen werden. Insbesondere gelten die Bestimmungen des römischen Rechts bezüglich der Frage, inwieweit der Vater das adventicium regulare veräussern darf, auch noch im gemeinen Recht.

[3] Seufferts Archiv III 338, XXII 153, 281.

dem Vermögen seiner Kinder zusteht, gehört zur Konkursmasse. Aus den Nutzungen kann der Gemeinschuldner die Mittel beanspruchen, welche dazu erforderlich sind, um eine gesetzliche Verbindlichkeit desselben zum Unterhalte und zur Erziehung seiner Kinder zu erfüllen.

Es ist also nach dieser Richtung der selbstnützige Charakter des väterlichen Niessbrauchs durch das gemeine Recht durchbrochen worden.

b) Die Forderungen der Kinder des Gemeinschuldners in Ansehung ihres gesetzlich der Verwaltung desselben unterworfenen Vermögens sind im Konkurs privilegiert. K.-O. § 54, 5.

c) Die Bestimmung des römischen Rechts,[1] dass dem Vater, wenn er das Vermögen des Sohnes zu verschwenden anfängt, die Verwaltung entzogen werden kann, wird von der Praxis vielfach dahin ausgedehnt, dass dies überhaupt schon bei ausgesprochen schlechter Verwaltung der Fall sein soll.[2]

d) Kraut[3] und das Oberappellationsgericht Darmstadt[4] wollen sogar, wenn eine Gefahr der Verschwendung vorhanden ist, oder der Vater sich bei der Vermögensverwaltung über die Maassen nachlässig zeigt, den Vater kautionspflichtig machen. Denn wo Entziehung der Verwaltung zugelassen sei, da könne als ein Minus auch eine weniger weitgehende Sicherheitsmassregel, eine Kautionsleistung verlangt werden.

---

[1] Oben Seite 42.

[2] cf. die bei Windscheid II. § 517 Note 5a zitierten Entscheidungen.

[3] Kraut II. § 107 S. 624.

[4] Seufferts Archiv XXIX 147.

§ 21.
Adventicium irregulare.

In dieser Beziehung gilt justinianeisches Recht.[1] Hier hat schon das römische Recht dem minderjährigen Haussohn den Vater zum Vormund gegeben. Deswegen befand sich in dieser Beziehung das römische Recht von vornherein mit dem deutschrechtlichen und modernen Grundsatz von der väterlichen Vormundschaft in Einklang und bedurfte bei der Rezeption keiner Änderung durch das gemeine Recht. Der minderjährige Haussohn erhält also für sein irregulare adventicium stets einen Vormund, sei es in der Person seines Vaters, sei es in der eines Dritten, wie im § 10 des Näheren ausgeführt ist. Liegt die Verwaltung in den Händen des Vaters, so hat er sie wie ein gewöhnlicher Vormund zu führen, ist also insbesondere zur Veräusserung des irregulare adventicium nur in demselben Umfange berechtigt, wie der gewöhnliche Vormund zur Veräusserung von Mündelgut.

[1] So dass auf die Ausführungen S. 45, 46 verwiesen werden kann. Besteht das zu erwerbende irregulare adventicium des minderjährigen Haussohns in einer Erbschaft, so greifen grade so wie beim adventicium regulare (oben S. 68) unter Beseitigung der römischen Bestimmungen auch hier die gemeinrechtlichen Rechtssätze von der väterlichen Vormundschaft Platz. Mecklenburgische Zeitschrift I 226.

Teil III.

Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.[1]

§ 22.

Die elterliche Gewalt des B. G. B.

Die Stellung des B. G. B. zum gemeinen Recht ist bezüglich der elterlichen Gewalt dahin zu fixieren: Das B. G. B. hat nicht sowohl mit dem gemeinen Recht gebrochen, als vielmehr im Anschluss an die historische Entwicklung den im jüngsten gemeinen Recht mehr und mehr hervortretenden Gesichtspunkt des vormundschaftlichen Charakters der elterlichen Gewalt zum Ausgangspunkt gemacht und von ihm aus die ganze Materie geregelt.[2]

Zu dem Zwecke musste das B. G. B. zunächst mit den Überresten der römischen patria potestas, die sich noch bis in das neuste gemeine Recht erhalten hatten, völlig aufräumen. Wie schon das gemeine Recht, gewährt auch das B. G. B. dem Haussohn völlige Vermögensfähigkeit, aber weitergehend als das gemeine Recht hat es konsequent auch die Lehre von der unitas personae die für das gemeine Recht noch von einer ganzen Reihe

[1] Vgl. hierzu Matthiass. Bd. II § 104—110 und die dort angeführte Litteratur.

[2] Matthiass. Bd. II S. 277. Buchka. Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht. S. 330. Böhm. S. 11. Fuchs. S. 119. Altsmann. Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 76 S. 347.

von Schriftstellern[1] aufrecht erhalten wurde, aufgegeben, so dass nach B. G. B. zwischen Vater und Sohn Rechtsgeschäfte jeder Art abgeschlossen werden können. Des Weiteren hat das B. G. B. die absonderlichen Bestimmungen des gemeinen Rechts über die Testierfähigkeit der Haussöhne, das dem früheren Haussohn für Schulden aus der Zeit der elterlichen Gewalt gewährte beneficium competentiae, die adjektirischen Klagen und das S. C. Macedonianum beseitigt. Denn alle diese Institute beruhen vorwiegend auf der aktiven Vermögensunfähigkeit des Haussohns.[2] Vor allen aber ist die ganze Lehre des römischen und gemeinen Rechts von dem peculium profectitium, dem castrense und quasi castrense peculium und dem regulare und irregulare adventicium aufgegeben. Denn diese ganze Lehre bedeutet ja nur einen wunderlichen Kompromiss zwischen dem Prinzip der Vermögensunfähigkeit und dem der Vermögensfähigkeit des Haussohns und wird daher mit dem völligen Sieg des Prinzips der Vermögensfähigkeit im B. G. B. hinfällig.[3]

Die starke Betonung des vormundschaftlichen Charakters der elterlichen Gewalt hat weiter dazu geführt, die elterliche Gewalt in noch viel höherem Maasse wie im gemeinen Recht als Schutz-, nicht als Gewaltverhältnis zu gestalten. Rein sprachlich bringt das B. G. B. dies schon dadurch zum Ausdruck, dass es nie nur von den Rechten der Eltern über ihr Kind spricht, sondern stets nur von den Rechten und Pflichten.[4] Zwar sind alle Familienrechte mehr oder weniger zugleich auch Pflichten. Aber die besondere Hervorhebung der Pflicht durch die Worte

[1] Zitiert bei Dernburg III. § 32 Note 8. Windscheid II. § 519 Note 1.

[2] Motive IV. S. 729—730.

[3] Motive IV. S. 729, 732.

[4] cf. §§ 1627, 1628, 1631, 1634, 1638, 1696, 1697.

„Recht und Pflicht“[1] will eben etwas besonderes besagen, nämlich, dass die elterliche Gewalt nicht nur einseitig das Recht der Macht über das Kind, sondern vor allem auch die Pflicht des Schutzes über das Kind enthält. Materiell kommt die Auffassung der elterlichen Gewalt als Schutzverhältnis einmal zum Ausdruck in den weitgehenden Befugnissen, welche der für den Schutz aller Minderjähriger, Hausunterthäniger wie Gewaltfreier eingesetzten Behörde, dem Vormundschaftsgericht, zum Zwecke der Überwachung des Inhabers der elterlichen Gewalt und zum Zwecke des Schutzes des Haussohns verliehen sind,[2] ferner in den detaillierten, sämtlich den Schutz des Kindes bezweckenden Bestimmungen über das Ruhen, Verwirken, Entziehen, Endigen der elterlichen Gewalt;[3] vor allem aber darin, dass eine grosse Zahl von Rechtsnormen des Vormundschaftsrechts auf die elterliche Gewalt ausgedehnt sind.[4] Nirgends kommt diese Analogie wohl stärker zum Ausdruck als durch die Bestimmung des § 1626: „Das Kind steht, so lange es minderjährig ist, unter elterlicher Gewalt.“ Hätte das B. G. B. die elterliche Gewalt als Gewaltverhältnis aufgefasst, so hätte es konsequent die elterliche Gewalt erst dann endigen lassen dürfen, wenn der Sohn wirklich der Macht des Vaters entwachsen ist, d. h. vor allem pekuniär von ihm nicht mehr abhängig ist, es hätte also den Grundsatz der emancipatio Saxonica übernehmen müssen. Thatsächlich regelt es die elterliche Gewalt als Schutzverhältnis. Schutzbedürftig ist der Mensch für die Rechts-

[1] Nur das Nutzniessungsrecht des Vaters ist nur Recht, nicht auch Pflicht. Daher ist z. B. der einseitige Verzicht auf die Nutzniessung als auf ein Recht sehr wohl möglich, § 1662 B. G. B., während der Vater auf die übrigen Ausflüsse der elterlichen Gewalt: Sorge für die Person und Vermögensverwaltung, als auf Pflichten nicht einseitig verzichten darf.

[2] cf. unten § 28.

[3] cf. unten § 27.

[4] Unten § 23.

ordnung nur, so lange er minderjährig ist, daher denn auch konsequent die schützende Hülfe, also für den Mündel die Vormundschaft, für den Haussohn die elterliche Gewalt mit der Volljährigkeit aufhören muss.[1] Mit Recht ist dieser Satz im B. G. B. an die Spitze der Lehre von der elterlichen Gewalt gestellt worden, da grade er das Prinzip des B. G. B., die elterliche Gewalt vorwiegend als Schutz-, nicht als Machtverhältnis zu regeln, am schärfsten zum Ausdruck bringt.[2]

Bei dieser ausserordentlich weiten Ausdehnung des Schutzprinzips liegt es nahe, zu fragen, ob man denn nach dem B. G. B. überhaupt noch von der elterlichen Gewalt, als einem von der Vormundschaft wesentlich verschiedenen Institut sprechen darf. Die Frage ist auch noch nach dem B. G. B. zu bejahen. Denn einmal sind doch eine ganze Reihe einschneidender Bestimmungen des Vormundschaftsrechts auf die elterliche Gewalt nicht ausgedehnt, so dass der Vater wesentlich freier als der Vormund, ja selbst

[1] Planck zur Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Archiv f. d. zivilistische Praxis. Band 75 S. 381. Es endigt die elterliche Gewalt in ihrem ganzen Umfange, insbesondere also auch das Nutzniessungsrecht. Motive IV 726—728. Die Endigung ist definitiv. Ist der Haussohn, etwa weil er geisteskrank ist, noch nach erreichter Volljährigkeit schutzbedürftig, so dauert die elterliche Gewalt also nicht fort. Vielmehr wird dem Haussohn vom 21. Lebensjahre ab dann ein Vormund bestellt. Das wird zumeist der Vater sein. § 1899 Abs. 1. Der Vater ist dann aber nur Vormund, nicht mehr Inhaber der elterlichen Gewalt. — Die Schwierigkeiten, welche sich ergeben, wenn der volljährige, also nunmehr gewaltfreie Sohn noch dem elterlichen Hausstand angehört, ohne doch der elterlichen Gewalt zu unterstehen, werden gemildert durch § 1617—1619.

[2] Es sind also dem Schutzprinzip gemäss die sämtlichen römischen und gemeinrechtlichen Emancipationsarten beseitigt, da jede Emancipation, als Aufhören der elterlichen Gewalt stets auch ein Aufhören des in derselben liegenden Schutzes, also eine Schädigung des Kindes bedeuten würde. Motive IV. S. 825 fg. Freiwillig aufgeben kann der Vater also nur das Nutzniessungsrecht, nicht auch die gesamte elterliche Gewalt. cf. S. 74 Note 1.

als der sogenannte „befreite Vormund“ des B. G. B. dasteht.[1] Vor allen aber ist es das Nutzniessungsrecht des Vaters, welches der elterlichen Gewalt den Charakter einer eigenartigen, von der Vormundschaft verschiedenen Institution bewahrt hat. Denn das Nutzniessungsrecht steht, wie dies auch die Motive hervorheben,[2] mit dem vormundschaftlichen Charakter der elterlichen Gewalt direkt in Widerspruch. Natürlich hindert dies nicht, die Ausübung dieses Nutzniessungsrechtes so zu regeln, dass die Interessen des Kindes nach Möglichkeit gewahrt bleiben. Insoweit ist also auch das Nutzniessungsrecht vom Schutzprinzip beherrscht.[3]

Auf die Geschäftsfähigkeit und die Deliktsfähigkeit des Haussohns ist die elterliche Gewalt ohne Einfluss. Der Haussohn ist in demselben Umfange geschäftsfähig und deliktsfähig wie der minderjährige Gewaltfreie,[4] so dass im B. G. B. auch in dieser Beziehung, wie schon nach gemeinem Recht,[5] das Schutzprinzip rein durchgeführt ist. Wenn weiterhin der Satz des ursprünglichen römischen Rechts,[6] dass Vormundschaft bei hausunterthänigen Personen überhaupt nicht vorkommen kann, schon für das gemeine Recht nicht mehr zutrifft,[7] so noch viel weniger für das B. G. B. Nach B. G. B. sind elterliche Gewalt und Vormundschaft sehr wohl mit einander vereinbar und es giebt daher im B. G. B. eine ganze Reihe von Fällen, in denen ein Haussohn einen Pfleger oder Vormund erhält, ohne dass damit ein Aufhören der elterlichen Gewalt verbunden wäre.[8]

[1] Unten § 24.

[2] Motive IV. S. 724.

[3] Unten § 26.

[4] §§ 104—113, 1303, 2229, 828 gelten schlechtweg für alle Minderjährige, Gewaltfreie wie Hausunterthänige.

[5] Das gemeine Recht stellte nur bezüglich der Testierfähigkeit den Haussohn schlechter als den Gewaltfreien. cf. oben S. 65.

[6] Oben S. 20.

[7] Oben §§ 18, 19, 21.

[8] §§ 1909, 1773. Fuchs. S. 127, 128.

Wesentlich neu und dem gemeinen Rechte völlig fremd ist die Umformung der väterlichen Gewalt zur elterlichen. Hier interessiert jedoch in dieser Beziehung nur, dass die elterliche Gewalt, sobald sie in den Händen der Mutter liegt, durch das Institut des Beistands sowie durch mancherlei besondere Rechtsnormen in noch viel höherem Maasse einen vormundschaftlichen Charakter trägt, wie wenn sie der Vater ausübt.[1]

§ 23.
Übereinstimmung von elterlicher Gewalt und Vormundschaft.

Sorge für die Person: Man sollte meinen, dass in dieser Beziehung der Vater wesentlich freier dasteht, als der Vormund, da er dem Kinde naturgemäss persönlich näher steht, als ein Vormund. Merkwürdiger Weise sind jedoch dem Vormunde bezüglich der Sorge für die Person genau dieselben Rechte und Pflichten zugeschrieben, wie dem Vater,[2] so dass in dieser Beziehung die Gleichstellung von elterlicher Gewalt und Vormundschaft rein durchgeführt ist.

Sorge für das Vermögen: In dieser Beziehung sind, wie dies der Gesichtspunkt des Schutzes vor allem erfordert, auf die elterliche Gewalt zunächst alle diejenigen Bestimmungen des Vormundschaftsrechts analog ausgedehnt, welche die Aufgabe haben, den Vormund zu verhindern, durch Rechtsgeschäfte zwischen sich selbst und dem Mündel den Mündel zu schädigen.[3] Alle die Fälle, in denen der Vormund aus diesem Grunde durch einen Pfleger zu ersetzen ist,[4] finden sich bei der elterlichen Gewalt wieder.

[1] Unten § 25.
[2] § 1800.
[3] Sogenannte Interessenkollision.
[4] §§ 1795, 181, 1796 verglichen mit § 1630.

Wie der Vormund darf auch der Vater in Vertretung des Kindes Schenkungen nur in sehr beschränktem Umfange machen.[1] Er darf wie jener, Gegenstände, zu deren Veräusserung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, dem Kinde nicht ohne diese Genehmigung zur Erfüllung eines von dem Kinde geschlossenen Vertrages oder zu freier Verfügung überlassen. (§ 1644 verglichen mit § 1824.) Er darf wie der Vormund nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgericht ein neues Erwerbsgeschäft beginnen.[2] Er darf gerade so wie der Vormund das Kind nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes ermächtigen.[3] Er ist wie der Vormund verpflichtet, Geld des Kindes verzinslich anzulegen, soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereit zu halten ist.[4] Anordnungen, welche bezüglich der Verwaltung eines Erwerbes des Kindes durch den Zuwendenden getroffen sind, hat der Vater in demselben Maasse zu respektieren wie der Vormund;[5] es bedarf also der Vater insbesondere zu Abweichungen von diesen Anordnungen gerade so wie der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bezugsweise des Zuwendenden. Kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über das Kind verpflichtet, macht sich der Vater für die Delikte des Kindes in demselben Umfange zivilrechtlich,[6] eventuell sogar strafrechtlich[7] verantwortlich wie der Vormund. Wie der Vormund untersteht auch der Vater dem Vormundschaftsgericht.[8] Wie der Vormund bei Beendigung seines Amtes, so ist der Vater bei Endigung

[1] § 1641 verglichen mit § 1804.

[2] § 1645 verglichen mit § 1823.

[3] § 112 gilt schlechtweg für alle Minderjährige, Gewaltfreie wie Hausunterthänige.

[4] § 1642 verglichen mit § 1806.

[5] § 1639 verglichen mit § 1803.

[6] B. G. B. § 832.

[7] R. St. G. B. § 361 Ziff. 9.

[8] Unten § 28.

oder Ruhen der elterlichen Gewalt, sowie bei Aufhören seiner Vermögensverwaltung verpflichtet, dem Kinde das Vermögen herauszugeben und über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen.[1] Endlich ist, wie bei Beendigung der Vormundschaft der Vormund, so bei Beendigung der elterlichen Gewalt der Vater zur Fortführung der mit der Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes verbundenen Geschäfte, solange berechtigt, bis er von der Beendigung der elterlichen Gewalt Kenntnis erlangt oder sie kennen muss.[2] Endigt die elterliche Gewalt durch den Tod des Kindes, so hat der Vater grade so wie der Vormund bei Endigung der Vormundschaft durch den Tod des Mündels diejenigen Geschäfte, mit deren Aufschub Gefahr verbunden ist, zu besorgen, bis der Erbe anderweit Fürsorge treffen kann.[3]

Anlangend endlich die wichtige Frage, inwieweit der Vater zu Rechtsgeschäften für das Kind der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, so sind auch in dieser Beziehung einschneidende Bestimmungen des Vormundschaftsrechts auf die elterliche Gewalt ausgedehnt. Laut § 1643 bedarf nämlich der Vater wie der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zu den in §§ 1821 Abs. 1 Note 1—3, Abs. 2, 1822, 1, 3, 5, 8—11, 1643 Abs. 2 aufgezählten Rechtsgeschäften.[4] Befreit von dem Erfordernis dieser Genehmigung ist der Vater im Gegensatz zum Vormund nur von den in §§ 1812, 1821 Abs. 1 Note 4, 1822 4, 6, 7, 12, 13 aufgezählten Rechtsgeschäften.[4] Stellt man die Rechtsgeschäfte, für die der Vater der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf und die, für die er dieser Genehmigung nicht

[1] § 1681 verglichen mit § 1890.

[2] § 1682 Abs. 1 verglichen mit § 1893 Abs 1.

[3] § 1683 verglichen mit § 1893 Abs. 1.

[4] Bezüglich der im § 1822 Note 2 aufgezählten Rechtsgeschäfte ist durch § 1643 Abs. 2 das Erfordernis der Genehmigung mit geringen Modifikationen auch für den Vater aufrechterhalten.

bedarf, einander gegenüber, so kommt man zu dem offensichtlichen Resultat:

Das Erfordernis der Genehmigung ist bezüglich der Rechtsgeschäfte, welche das Kind erheblich tangieren und gefährden können, auch für den Vater aufrecht erhalten und nur für die Rechtsgeschäfte aufgegeben, welche, wenn schon sie in die Rechtssphäre des Kindes eingreifen, für das Kind eine Gefährdung von weittragender Bedeutung niemals mit sich bringen können.

§ 24.
Verschiedenheit von elterlicher Gewalt und Vormundschaft.

a) im Allgemeinen.

Die Vormundschaft beruht auf staatlicher Verleihung; sie ist ein Ehrenamt. Die elterliche Gewalt beruht auf der ehelichen Vaterschaft; sie ist die natürliche Folge der ehelichen Vaterschaft.[1] Wenn man daher einerseits an den Vormund als einen Beamten zum mindestenn die Anforderungen stellen darf, dass er die Fähigkeit besitzt, für Person und Vermögen eines andern zu sorgen,[2] und dass er im Vollbesitz der bürgerlichen Ehrenrechte ist,[3] so darf man doch andrerseits diese Anforderungen nicht ohne Weiteres auch an den Inhaber der elterlichen Gewalt stellen. Mit Recht hat daher das B. G. B. den § 1781 nicht auf die elterliche Gewalt ausgedehnt. Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ist daher an sich

[1] Das B. G. B. spricht daher von „Entlassen" nur beim Vormund, nicht beim Vater, wogegen wieder umgekehrt die Ausdrücke „Ruhen, Verwirken, Entziehen" nur bei der elterlichen Gewalt, nicht auch bei der Vormundschaft vorkommen.

[2] Also laut § 1781 weder minderjährig ist, noch unter vorläufiger Vormundschaft oder unter Pflegschaft steht, noch auch in Konkurs geraten ist.

[3] § 1781 Note 4.

noch kein Hinderungsgrund, Inhaber der elterlichen Gewalt zu sein,[1] und wer minderjährig ist, oder unter vorläufiger Vormundschaft oder unter Pflegschaft steht, oder in Konkurs geraten ist, verliert damit nicht die elterliche Gewalt. Zwar sie ruht,[2] aber dies Ruhen steht einem Verlieren nicht gleich, sondern bedeutet nur eine vorübergehende Behinderung in der Ausübung. Auch während der Dauer des Ruhens stehen dem Vater die Einkünfte aus der Nutzniessung,[3] sowie neben dem gesetzlichen Vertreter des Kindes die Sorge für die Person des Kindes zu,[4] und sowie die Ursache des Ruhens wegfällt, tritt der Inhaber der elterlichen Gewalt wieder in alle seine Rechte und Pflichten ein.

Weitere Verschiedenheiten von Vormundschaft und elterlicher Gewalt, die sich aus dem Charakter der Vormundschaft als Amt und dem der elterlichen Gewalt als eines natürlichen Verhältnisses erklären, sind:

1. Der Vormund ist seines Amtes zu entlassen, wenn, wie das B. G. B. im § 1886 dies ganz allgemein ausdrückt, die Fortführung des Amtes das Interesse des Mündels gefährden würde, und er hat kein Recht, vor dem Beschluss über seine Entlassung gehört zu werden.[5] Der Inhaber der elterlichen Gewalt kann nie völlig und definitiv „entlassen“ werden, sondern stets nur einzelnen Funktionen der elterlichen Gewalt zeitweise enthoben werden, und auch dies nicht schon, wenn ganz allgemein seine Handhabung der elterlichen Gewalt das Interesse des Kindes gefährden würde, sondern nur unter den qualifizierten und

[1] Böhm. S. 21. Unfähig zur elterlichen Gewalt ist nach B. G. B. nur, wer sie gemäss § 1680 § 1771 Abs. 2 verwirkt hat. Der Fall des § 1666 Abs. 2 steht wenigstens im Resultat solcher Verwirkung gleich.

[2] §§ 1676, 1647.

[3] § 1678.

[4] § 1676 Abs. 2.

[5] Ein dem § 1673 entsprechender Paragraph fehlt im Vormundschaftsrecht.

ganz genau spezialisierten Voraussetzungen der §§ 1666, 1667; auch hat er laut § 1673 im Gegensatz zum Vormund ein Recht, vor solcher Entscheidung gehört zu werden. Wenn der Vormund entlassen ist, hat er auch nicht mehr den geringsten Einfluss auf den Mündel, wogegen dem Inhaber der elterlichen Gewalt selbst, wenn er in der elterlichen Gewalt beschränkt ist, durch das B. G. B. der Einfluss auf die Person des Kindes, soweit dies mit dem Schutzprinzip auch nur einigermassen vereinbar ist, möglichst erhalten ist.[1]

2. Der Mündel hat ein Recht, bei wichtigen Geschäften[2] von dem Vormundschaftsgericht gehört zu werden, bevor dasselbe seine Genehmigung erteilt. Eine gleiche Bestimmung fehlt dagegen bei der elterlichen Gewalt und mit Recht, da ein solches Recht des Kindes, demzufolge Vater und Sohn sich gegebenen Falls vor dem Vormundschaftsgericht sozusagen als feindliche Parteien gegenüberstehen würden, eine schwere Gefährdung der elterlichen Autorität bedeuten würde.

3. Die Entlassung eines Minderjährigen aus dem Staatsverbande, prinzipiell an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden,[3] bedarf dieser Genehmigung nicht, wenn der Vater die Entlassung für sich und zugleich kraft elterlicher Gewalt für ein Kind beantragt, wogegen eine entsprechende Vorschrift für den Vormund sich naturgemäss von selbst verbietet. Es soll der Vater nicht dadurch an seinem Austritt aus dem Staatsverbande indirekt gehindert werden können, dass dieser Austritt seinem Kinde von dem Vormundschaftsgericht verweigert wird.

Zur verstärkten Sicherheit des Mündels tritt neben das Institut der Vormundschaft im B. G. B. das der Gegenvormundschaft. Dieses Institut fehlt bei der elterlichen Gewalt. Es fallen also die zahlreichen Fälle, in denen der Vormund der Genehmigung des Gegenvormundes

[1] B. §§ 1634, 1636, 1676 Abs. 2, 1696–1698.

[2] Aufgezählt im § 1827.

[3] E. G. zum B. G. B. Art. 41 II.

bedarf, für den Vater fort. Wieviel freier schon allein dadurch die Stellung des Vaters im Vergleich zu der des Vormunds wird, liegt auf der Hand.

Vormund wie Vater unterstehen beide der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts. Während aber bezüglich des Vormunds diese Aufsicht eine ständige, ununterbrochene ist, wird sie dem Vater gegenüber nur „ausnahmsweise und in Veranlassung besonderer Umstände wirksam".[1] So hat der Vormund dem Vormundschaftsgericht jährlich Rechnung zu legen (§ 1840), wogegen der Vater, von der Pflicht zur Rechnungslegung prinzipiell befreit,[2] hierzu nur ganz ausnahmsweise in den Fällen der §§ 1667 und 1681 verpflichtet ist. Der Vormund hat bei Antritt der Vormundschaft dem Vormundschaftsgericht ein Vermögensverzeichnis einzureichen (§ 1802). Der Inhaber der elterlichen Gewalt, von der Inventarisierungspflicht prinzipiell befreit,[3] ist hierzu nur in den Ausnahmefällen der §§ 1640, 1667 Abs. 2 und 1760 verpflichtet. Der Vormund kann schon „aus besonderen Gründen" vom Vormundschaftsgericht zur Sicherheitsleistung angehalten werden (§ 1844), der Vater dagegen nur unter den erschwerten und genau spezialisierten Voraussetzungen der §§ 1667, 1668.

Endlich und vor allem unterscheiden sich elterliche Gewalt und Vormundschaft noch dadurch, dass der Vater bei Ausübung der elterlichen Gewalt dem Kinde nur für culpa in concreto haftet (§ 1664), der Vormund dagegen bei Ausübung der Vormundschaft dem Mündel für culpa levis (§ 1833).[4] Aufwendungen für die Person und das

[1] Denkschrift. S. 229. Motive IV. S. 802.

[2] Denkschrift. S. 226, so dass der Vater hierin noch freier dasteht, als der „befreite Vormund", insofern § 1854 Abs. 2, 3 auf den Vater keine Anwendung finden.

[3] Denkschrift. S. 226. Motive IV. S. 742, 743.

[4] Das gesetzliche Pfandrecht des Minderjährigen am Vermögen des Vormundes resp. Vaters — Windscheid I. § 232 Ziffer 3, 4 — ist beseitigt. Motive IV. S. 744, 1039 fg. Das Konkursprivilegium des Hauskindes bezugsweise Mündels ist dagegen beibehalten; alte K.-O. § 54 Ziffer 5; neue K.-O. § 61 Ziffer 5.

Vermögen des Kindes erhält der Vater unter denselben Voraussetzungen ersetzt, wie der Vormund.[1] Während aber der Vormund in diese Aufwendungen auch solche Dienste einrechnen darf, die zu seinem Beruf oder Gewerbe gehören,[2] ist dem Vater diese Vergünstigung nicht gewährt. § 1835 Abs. 2 kehrt in § 1648 nicht wieder. Es findet dies in dem natürlichen Verhältnis von Vater zu Kind seine berechtigte Erklärung.

b) im Besonderen.

a) Sorge für die Person: Bezüglich der Sorge für die Person ist die prinzipielle Gleichstellung von Vater und Vormund[3] nur in zwei Punkten durchbrochen. Es kann nämlich einmal laut § 1801 die Sorge für die religiöse Erziehung des Mündels dem Vormunde von dem Vormundschaftsgericht entzogen werden, wenn der Vormund nicht demselben Bekenntnis angehört, in dem der Mündel zu erziehen ist, wogegen eine gleiche Bestimmung bei der elterlichen Gewalt fehlt, so dass also verschiedenes Bekenntnis allein das Vormundschaftsgericht noch nicht berechtigt, dem Vater die Sorge für die religiöse Erziehung zu entziehen. Weiter kann laut § 1838 das Vormundschaftsgericht, ohne in dieser Beziehung an das Vorhandensein besonderer Voraussetzungen gebunden zu sein, anordnen, dass der Mündel zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt untergebracht wird, wogegen, wenn dem Vater oder der Mutter die Sorge für die Person des Kindes zusteht, diese Anordnung nicht schlechtweg, sondern nur unter den erschwerten und genau spezialisierten Voraussetzungen des § 1666 zulässig ist.

[1] § 1648 verglichen mit § 1835.

[2] z. B. der Vormund, von Beruf Arzt, hat den erkrankten Mündel ärztlich behandelt oder der Vormund, von Beruf Rechtsanwalt, hat die Prozesse des Mündels geführt.

[3] Oben S. 77.

β) Sorge für das Vermögen: Wie der Vormund, ist auch der Vater verpflichtet, das Geld des Kindes, soweit es nicht zur Bestreitung von Auslagen bereit zu halten ist, verzinslich anzulegen.[1] Während aber der Vormund die Anlegung nur mit Genehmigung des Gegenvormunds bezugsweise des Vormundschaftsgerichts und nur mit der Bestimmung vornehmen darf, dass zur Erhebung des Geldes die Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, fallen diese erheblichen Beschränkungen für den Vater fort.[2] Des Weiteren ist laut §§ 1814, 1815 der Vormund verpflichtet, die dem Mündel gehörenden Inhaberpapiere nebst den Erneuerungsscheinen mit der Bestimmung zu hinterlegen, dass die Herausgabe nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes verlangt werden kann, oder statt der Hinterlegung auf den Namen des Mündels mit der Bestimmung umschreiben zu lassen, dass er über sie nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verfügen kann. Er hat laut § 1816, wenn Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat zu dem Vermögen des Kindes gehören, in das Schuldbuch den Vermerk eintragen zu lassen, dass er über die Forderungen nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verfügen kann und endlich kann laut § 1818 das Vormundschaftsgericht aus besonderen Gründen anordnen, dass der Vormund auch solche Wertpapiere, zu deren Hinterlegung er nicht verpflichtet ist, sowie die Kostbarkeiten des Mündels in der im § 1814 bezeichneten Weise zu hinterlegen hat. Alle diese Beschränkungen fallen für den Vater fort. Denn § 1642 verweist nur auf §§ 1807, 1808, nicht auch auf §§ 1814 bis 1820. Es steht also der Vater bezüglich des in baarem Gelde oder in Kapitalien bestehenden Vermögens des Kindes ungleich viel freier da, als der Vormund. Er ist in der

[1] Oben S. 78, Note 4.

[2] Denn § 1642 verweist nur auf §§ 1807, 1808, nicht auch auf §§ 1809, 1810.

Anlegung, Umlegung und Verfügung, abgesehen von der Bestimmung des § 1642, völlig ungebunden und das ist praktisch von der grössten Bedeutung, da die Vermögensmassen, die in Geld und Kapitalien angelegt sind, gegenüber den Vermögensmassen, die in Immobilien angelegt sind, heutzutage in der entschiedenen Überzahl sind. Dass diese freiere Stellung des Vaters eine erhebliche Benachteiligung des minderjährigen Haussohns gegenüber dem minderjährigen Gewaltfreien bedeutet, ist umgekehrt nicht zu verkennen.

Des Weiteren bedarf der Vater zu einer ganzen Reihe von Rechtsgeschäften, die der Vormund nur mit Genehmigung des Gegenvormunds bezugsweise des Vormundschaftsgerichts abschliessen darf, dieser Genehmigung nicht. Das Erfordernis der Genehmigung fällt nämlich für den Vater in den Fällen der §§ 1812, 1821 Abs 1, Note 4, 1822 Note 4, 6, 7, 12, 13,[1] ferner für die Auflösung eines bestehenden Erwerbsgeschäfts des Kindes[2] und endlich für die Fälle der §§ 1437, 2275.[3]

Verweigert der Vormund zu einem Rechtsgeschäft, welches seiner Zustimmung bedarf, ungerechtfertigt seine Zustimmung, so kann dieselbe in einer Reihe von Fällen durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, während, wenn der Vater seine Zustimmung verweigert, für dieselben Fälle eine solche Ergänzung nicht stattfindet, die Stellung des Vaters also wesentlich selbständiger ist, als die des Vormunds: so, wenn der Vater nicht erlauben will, dass das Kind in Dienst und Arbeit tritt (§ 113); wenn er

[1] Bezüglich der im § 1822 Note 2 aufgezählten Rechtsgeschäfte ist durch § 1643 Ab. 2 das Erfordernis der Genehmigung mit geringen Modifikationen auch für den Vater aufrechterhalten.

[2] § 1645 erwähnt nämlich nur den Beginn, nicht aber wie § 1823 auch die Auflösung.

[3] Denn beide Paragraphen schliessen durch die Worte: „Ist der gesetzliche Vertreter ein Vormund“ das Erfordernis der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für den Fall aus, dass der gesetzliche Vertreter der Vater ist.

dem Kinde die Einwilligung zur Eheschliessung versagt (§ 1304); wenn er sich weigert, eine nach § 1331 anfechtbare Ehe des Kindes zu genehmigen (§ 1337).[1] Zur Volljährigkeitserklärung endlich bedarf es neben der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts der Einwilligung des Vaters, nicht aber der des Vormunds.[2]

§ 25.

Der Schutz des Haussohns bei Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter.

Prinzipiell ist die Mutter bei der Ausübung der elterlichen Gewalt grade so gestellt wie der Vater (§ 1686), so dass für die ex professo zu erörternde Frage des vormundschaftlichen Schutzes auf die §§ 23, 24 verwiesen werden kann. Nur darin besteht zu Ungunsten der Mutter ein Unterschied, als unter gewissen Voraussetzungen der Mutter, nicht aber dem Vater ein Beistand gegeben werden kann. Dieser Beistand hat die Stellung eines Gegenvormunds (§§ 1690, 1694) und schon hieraus allein folgt, dass die Mutter, sobald ihr ein Beistand gegeben wird,[3] so gut wie völlig zum Vormund herabsinkt. So bedarf sie vor allen zu jedem Rechtsgeschäfte, zu dem ein Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des

---

[1] Denn §§ 113, 1304, 1337 wollen durch die Worte: „Ist der gesetzliche Vertreter ein Vormund“ die Möglichkeit des Ersatzes der mangelnden Zustimmung des gesetzlichen Vertreters durch das Vormundschaftsgericht für den Fall ausschliessen, dass der gesetzliche Vertreter der Vater ist.

[2] B. G. B. § 4.

[3] Und dies muss nicht nur geschehen, wenn sie es beantragt oder der Vater es anordnet, sondern vor allem dem Schutzprinzip des B. G. B. gemäss schon ex officio, sobald das Vormundschaftsgericht aus besonderen Gründen, insbesondere wegen des Umfangs und der Schwierigkeit der Vermögensverwaltung oder in den Fällen der §§ 1666, 1667 die Bestellung im Interesse des Kindes für nötig erachtet. (§ 1687).

Gegenvormunds bedarf, der Genehmigung ihres Beistands (§ 1690). Auch zur Aufnahme des Vermögensverzeichnisses hat sie laut § 1692 analog den Bestimmungen des Vormundschaftsrechts (§ 1802) ihren Beistand hinzuzuziehen, und die Anlegung des zum Vermögen des Kindes gehörenden Geldes darf laut § 1691, soweit sie in den Wirkungskreis des Beistands fällt, nur mit Genehmigung des Beistands und nur in der Art erfolgen, dass zur Erhebung der Gelder die Genehmigung des Beistands oder des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, während diese erschwerenden Beschränkungen für den Vater fortfallen.[1] Es ist also, sobald die Mutter die elterliche Gewalt unter einem Beistand ausübt — und das wird laut § 1687 sehr häufig der Fall sein — der Schutz des Kindes in noch weit höherem Maasse ein vormundschaftlicher, wie wenn der Vater die elterliche Gewalt ausübt.

§ 26.
Der Schutz des Kindes bei Ausübung der Nutzniessung.

Das Recht der Nutzniessung, als ein eigennütziges Recht des Vaters, widerspricht dem vormundschaftlichen Charakter der elterlichen Gewalt.[2] Das B. G. B. bietet demgemäss einen eigentümlichen Kompromiss zwischen diesen beiden Gegensätzen dar. In vieler Beziehung als Analogon des gewöhnlichen Niessbrauchs und des ehemännlichen Nutzniessungsrechts geregelt, unterliegt das Nutzniessungsrecht des Vaters andrerseits einer ganzen Reihe von Beschränkungen mit durchaus vormundschaftlichem Charakter. Vor allem ist der Vater bei der Ver-

[1] Oben S. 85, 86. Andrerseits steht insofern, selbst die mit einem Beistand bedachte Mutter freier da, wie der Vormund, als wenigstens die Bestimmungen der §§ 1814–1820 durch § 1691 auf die Mutter nicht ausgedehnt sind.

[2] Motive IV. S. 724.

waltung des unfreien, d. h. seiner Nutzniessung unterliegenden Kindesvermögens in keiner Beziehung freier gestellt, als bei der Verwaltung des freien, d. h. seiner Nutzniessung nicht unterliegenden Kindesvermögens.[1] Die Verwaltung ist bei beiden Vermögensmassen prinzipiell die gleiche.[2] Insoweit daher die Verwaltung des Vaters nach Maassgabe der Ausführungen der §§ 23, 24 eine ausgesprochen vormundschaftliche ist, ist sie es auch bezüglich des der Nutzniessung unterliegenden Vermögens. Nur eine selbstverständliche Konsequenz dieser Auffassung des B. G. B. ist es, dass der Vater, sobald ihm die Verwaltung des seiner Nutzniessung unterliegenden Kindesvermögens nicht zusteht,[3] auch von der persönlichen Ausübung der Nutzniessung ausgeschlossen ist.[4]

Dagegen steht der Vater insofern zweifellos freier da, wie der Vormund, als er laut § 1653 verbrauchbare Sachen, die zu dem seiner Nutzniessung unterliegenden Vermögen gehören, für sich veräussern und verbrauchen darf; eine Vorschrift, die dem vormundschaftlichen Charakter der elterlichen Gewalt direkt widerspricht.[5] So weitgehend diese Befugnis aber auch auf den ersten Blick scheint, so bedeutet sie doch hauptsächlich nur eine wichtige Einschränkung der Nutzniessungsrechte des Vaters im Interesse des Sohnes.[6] Kämen nämlich auf das Nutzniessungsrecht des Vaters die Bestimmungen des gewönlichen Niessbrauchs zur Anwendung, so würde der

---

[1] Ganz anders römisches und auch noch gemeines Recht.

[2] Der Vater muss also insbesondere zu den oben § 23 aufgezählten Rechtsgeschäften die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen, gleichgiltig, ob sich das Rechtsgeschäft auf das freie oder unfreie Kindesvermögen bezieht.

[3] Also wie unten § 27 zeigen wird, überall da, wo die Verwaltung in den Händen des Vaters eine Gefährdung des Kindes enthalten würde.

[4] § 1656 Abs. 1.

[5] § 1653 verglichen mit § 1805.

[6] Motive IV. S. 777 folgende.

Vater laut § 1067 Eigentümer der verbrauchbaren Sachen werden. Laut § 1653 erhält er aber nur die Befugnis, sie für sich zu veräussern oder zu verbrauchen. Das heisst doch aber verglichen mit § 1067 eben, er wird zunächst nicht Eigentümer; zwar darf er verbrauchbare Sachen für sich veräussern oder verbrauchen, aber so lange er von dieser Befugnis keinen Gebrauch macht, verbleiben die Sachen im Gegensatz zu den Bestimmungen des gewöhnlichen Niessbrauchs im Eigentum des Kindes. Bei der Wichtigkeit, die die Frage des Eigentums für zahlreiche Rechtsverhältnisse, insbesondere aber für den Konkurs hat, liegt es sonach auf der Hand, dass § 1653, wenngleich er zunächst den Vater freier stellt als den Vormund, daneben auch im Vergleich zu den Normen des gewöhnlichen Niessbrauchs einen praktisch bedeutsamen Schutz des Kindes enthält. Auch insofern ist das Schutzprinzip des B. G. B. im § 1653 durchgeführt, als einmal, sobald es die ordnungsmässige Verwaltung des Vermögens erfordert, der Vater die verbrauchten und veräusserten Sachen sofort und nicht, wie der gewöhnliche Niessbraucher, erst nach der Beendigung der Nutzniessung zu ersetzen hat und als ferner, sobald zu den verbrauchbaren Sachen Geld gehört, der Vater zum Verbrauch oder zur Veräusserung des Geldes für sich noch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Eine weitere wichtige Einschränkung der Nutzniessungsrechte des Vaters im Interesse des Kindes enthält für den Fall, dass zu dem unfreien Kindesvermögen ein Erwerbsgeschäft gehört, der § 1655. Dann soll nämlich, falls sich in einem Jahre ein Verlust ergiebt, der Gewinn späterer Jahre bis zur Ausgleichung des Verlustes dem Kinde verbleiben. Dem Besteller eines gewöhnlichen Niessbrauchs steht ein gleiches Recht, wie dem Kinde, dagegen nicht zu. Er muss den Gewinn späterer Jahre dem Niessbraucher belassen und muss also seinen Verlust bestehen lassen. Der Schutz des § 1655 ist bei der Wichtigkeit, die für jedes

ordentliche Geschäft der Ausgleich früherer Verluste durch spätere ertragreiche Jahre hat, also für das Kind praktisch von ganz besonderer Bedeutung. Während endlich der gewöhnliche Niessbraucher die Herausgabe der sämtlichen Nutzungen beanspruchen kann, untersteht der Vater, wenigstens sofern ihm die Ausübung der Nutzniessung nicht zusteht, hierin erheblichen Beschränkungen. Er darf nämlich laut § 1656 Abs. 1 die Herausgabe nur verlangen, soweit nicht ihre Verwendung zur ordnungsmässigen Verwaltung des Vermögens und zur Bestreitung der Lasten der Nutzniessung erforderlich ist; und weiter können sogar laut § 1656 Abs. 2, falls die elterliche Gewalt des Vaters ruht, oder dem Vater die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes durch das Vormundschaftsgericht entzogen ist, die Kosten des Unterhalts des Kindes aus den Nutzungen insoweit vorweg genommen werden, als sie dem Vater zur Last fallen. Es haben also die Bestimmungen des § 1656 zusammen mit der auf gleichen Gesichtspunkten beruhenden[1] Vorschrift des § 1657 den ausgesprochenen Zweck auf Kosten des selbstnützigen Charakters der elterlichen Nutzniessung das Intaktbleiben des Kindesguts, bezugsweise den Anspruch des Kindes auf Unterhalt erheblich zu sichern. Unvereinbar mit den Grundsätzen des gewöhnlichen Niessbrauchs und mit dem selbstnützigen Charakter des elterlichen Nutzniessungsrechtes ist schliesslich auch die lediglich im Interesse des Kindes gegebene Bestimmung des § 1661, dass die Nutzniessung endigt, wenn sich das Kind mit Einwilligung des Vaters verheiratet.

Wäre das Nutzniessungsrecht vom B. G. B. als ein rein selbstisches Recht des Vaters geregelt, so würde es gegebenen Falls voll und ganz zur Befriedigung der Gläubiger des Vaters verwendet werden können. Grade in

---

[1] Darüber Motive zu § 1657 (I. Entwurf § 1533). Motive IV. S. 792, 793.

diesem Punkte ist aber der selbstnützige Charakter dadurch erheblich beschränkt worden, dass laut § 1658 das Nutzniessungsrecht für unübertragbar erklärt ist. Es ist damit nämlich[1] einmal die Zwangsvollstreckung in das Nutzniessungsrecht, d. h. die gerichtliche Pfändung des Nutzniessungsrechts ausgeschlossen und des Weiteren das Nutzniessungsrecht aus der Konkursmasse des Vaters ausgeschieden worden.[2] Nur die bereits gezogenen Nutzungen, bezugsweise die bereits fälligen Ansprüche aus §§ 1655, 1656 sind laut § 1658, 2 übertragbar, unterliegen also der Zwangsvollstreckung, bezugsweise fallen in die Konkursmasse des Vaters. Umgekehrt werden laut § 1659 die Gläubiger des Kindes durch das Nutzniessungsrecht des Vaters in keiner Weise behindert, aus dem Vermögen des Kindes ihre Befriedigung zu erlangen; eine Bestimmung, die insofern im Interesse des Kindes ist, als sie seine Kreditfähigkeit natürlich wesentlich erhöht.

§ 27.

In wie fern enthalten die Bestimmungen über Ruhen, Verwirken, Entziehen, Endigen der elterlichen Gewalt einen vormundschaftlichen Schutz des Kindes?

Soll die Konstruktion der elterlichen Gewalt als Schutzverhältnis überhaupt praktischen Wert haben, so müssen vor allen Bestimmungen vorhanden sein, die es dem Vormundschaftsgericht ermöglichen, rasch und energisch einzugreifen, sobald es sich zeigt, dass der Gewalthaber seine Pflicht, für Person und Vermögen des Kindes zu

[1] Darüber des Näheren Motive IV. S. 793 folgende.

[2] Während nach gemeinem Recht das Niessbrauchsrecht des Vaters zur Konkursmasse gehörte (alte K.-O. § 1 Abs. 2), ist diese Bestimmung in die neue Konkursordnung nicht mit übernommen worden.

sorgen, nicht erfüllt. So hat denn auch in der That das B. G. B. gerade nach dieser Richtung hin eine ganze Reihe detaillierter Bestimmungen aufgestellt, und nirgend tritt die Auffassung der elterlichen Gewalt als vormundschaftlicher Schutz wohl deutlicher hervor, wie gerade in diesen Bestimmungen über Ruhen, Verwirken, Entziehen, Endigen der elterlichen Gewalt.

Im Interesse des Kindes ist es zunächst, dass laut § 1676 die elterliche Gewalt ruht, sobald der Vater geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt wird oder nach § 1910 Abs. 1 einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen erhält.[1] Dem ist mit Recht der Fall gleichgestellt, dass der Vater auf längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt thatsächlich gehindert ist (§ 1677). Nicht minder im Interesse des Kindes ist es, dass der Vater, sobald er in Konkurs gerät, die Vermögensverwaltung verliert (§ 1647). Der weitgehendste Schutz wird dem Kinde dadurch gewährt, dass das Vormundschaftsgericht eingreifen darf und muss, wenn

a) der Vater verhindert ist, die elterliche Gewalt auszuüben (§ 1665),

b) das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet wird, dass der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes missbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht (§ 1666),

c) das Vermögen des Kindes dadurch gefährdet wird, dass der Vater die mit der Vermögensverwaltung oder die mit Nutzniessung verbundenen Pflichten verletzt oder dass er in Vermögensverfall gerät (§ 1667).

[1] Abgesehen von dem Falle der Geschäftsunfähigkeit verbleibt ihm in diesen Fällen allerdings die Sorge für die Person; aber nur neben dem gesetzlichen Vertreter des Kindes und nur so, dass bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Vater und Vertreter die Meinung des gesetzlichen Vertreters vorgeht, also eine ernstliche Gefährdung des Kindes selbst bezüglich der Sorge für die Person des Kindes ausgeschlossen bleibt. (§ 1676 Abs. 2.)

Wie sich dies Eingreifen näher gestaltet, ist nicht bestimmt. Das B. G. B. giebt dem Vormundschaftsgericht die ganz allgemein gehaltene und daher sehr weitgehende „Befugnis“ die zur Abwendung der Gefahr — §§ 1666, 1667 — bezugsweise die im Interesse des Kindes — § 1665 — erforderlichen Massregeln zu treffen. Das Gesetz will dies „erforderlich“ im weitesten Sinne verstanden wissen, wie das die beispielsweise Aufzählung einzelner Massregeln in §§ 1666, 1667 genugsam zeigt; sogar Sicherheitsleistung kann eventuell auferlegt werden (§ 1668) und vor allem ist das Vormundschaftsgericht befugt, dem Vater, falls er den gemäss § 1667 § 1668 getroffenen Anordnungen nicht nachkommt, die Vermögensverwaltung gänzlich zu entziehen.[1]

Der Gefahr, die für ein Kind erster Ehe regelmässig daraus zu entstehen pflegt, dass der überlebende Elternteil sich wieder verheiratet, wird in weitgehendster Weise dadurch Rechnung getragen, dass, falls die Mutter zur zweiten Ehe schreitet, ihre elterliche Gewalt überhaupt endigt,[2] und dass, falls der Vater zur zweiten Ehe schreitet, von ihm wenigstens das Vermögen des Kindes zu inventarisieren ist und, soweit in Ansehung dieses Vermögens eine Gemeinschaft zwischen ihm und dem Kinde besteht, die Auseinandersetzung herbei zu führen ist. (§ 1669). Kommt der Vater diesen Verpflichtungen nicht nach, so kann ihm das Vormundschaftsgericht die Vermögensverwaltung entziehen (§ 1670), vor allem aber — und das wird zur Einhaltung dieser Verpflichtungen den stärksten Druck auf den Vater ausüben — darf der Vater die zweite Ehe nicht eingehen, bevor ihm nicht das Vormundschaftsgericht ein Zeugnis darüber erteilt hat, dass er die in § 1669 bezeichneten Verpflichtungen erfüllt hat, oder dass sie ihm nicht obliegen (§ 1314).

Als Schutzverhältnis endigt die elterliche Gewalt mit

[1] § 1670.

[2] § 1697; sie behält jedoch die Sorge für die Person, allerdings mit Beschränkungen.

mit dem Aufhören der Schutzbedürftigkeit, also mit erreichter Volljährigkeit.[1] Im übrigen ist bei dem Interesse, welches der Vater kraft des naturgemäss engen Verhältnisses zu seinem Sohne und wegen der ihm zustehenden Nutzniessung an der Innehabung der elterlichen Gewalt hat, ein definitiver Verlust der elterlichen Gewalt im Gegensatz zum blossen Ruhen oder zum Entziehen einzelner Funktionen nur in den Fällen ausgesprochen, in denen nach Ansicht des Gesetzgebers eine Weiterführung der elterlichen Gewalt durch den Vater bezugsweise die Mutter das Kind notorisch auf das Allerschwerste gefährden muss. Es sind dies die folgenden Fälle:

a) Der Vater ist wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlich verübten Vergehens zur Zuchthausstrafe oder zu einer Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt worden.[2] (§ 1680.)

b) Der Vater hat nicht nur das leibliche oder geistige Wohl des Kindes dadurch gefährdet, dass er das Recht der Sorge für die Person des Kindes missbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht, sondern er hat auch das Recht des Kindes auf Gewährung des Unterhalts verletzt und es ist für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen.[3] (§ 1666 Abs. 2.)

c) Die Mutter schreitet zur zweiten Ehe.[4]

---

[1] Darüber oben S. 74, 75.

[2] Über seine andern Kinder, gegen die er keine solche strafbare Handlung begangen hat, behält der Vater die elterliche Gewalt; doch wird das Vormundschaftsgericht eventuell aus § 1666 auch für die andern Kinder schützend eingreifen können. Motive IV. S. 840. Fuchs. S. 120 Note 6.

[3] In diesem Falle kann nämlich laut § 1666 Abs. 1 das Kind nicht nur in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt untergebracht werden, was einer Entziehung der Sorge für die Person gleichsteht, sondern dem Vater können auch laut § 1666 Abs. 2 die Vermögensverwaltung und die Nutzniessung, also die sämtlichen Funktionen der elterlichen Gewalt entzogen werden. Fuchs. S. 123 Note 11. Böhm. S. 22 Note 2.

[4] § 1697, oben S. 94.

§ 28.

Die Stellung und die Thätigkeit des Vormundschaftsgerichts gegenüber dem Inhaber der elterlichen Gewalt.

Das Vormundschaftsgericht hat nicht nur gegenüber dem Vormund, sondern auch dem Vater gegenüber die Stellung einer vorgesetzten Behörde.[1] Als solche ist es das Vormundschaftsgericht, dessen Genehmigung der Vater zu einer Reihe von Rechtsgeschäften einzuholen hat.[2] Vor dem Vormundschaftsgericht sind daher wichtige Erklärungen, wie der Verzicht auf das Nutzniessungsrecht und die Erklärung des für tot erklärten Vaters, er wolle die elterliche Gewalt wieder ausüben, abzugeben (§ 1662, § 1679 Abs. 2). Das Vormundschaftsgericht ist es, dem der Vater, soweit er überhaupt zur Inventarisation des Kindesvermögens verpflichtet ist, das Vermögensverzeichnis einzureichen hat § 1640, § 1669). Dem Vormundschaftsgericht liegt es ob, festzustellen, dass der Vater auf längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt thatsächlich verhindert ist, also seine elterliche Gewalt zu ruhen hat, bezugsweise, dass dieser Grund nicht mehr besteht, er also die elterliche Gewalt wieder übernehmen kann.[3] Als vorgesetzte Behörde ist das Vormundschaftsgericht endlich und vor allem befugt, über die Art und Weise, wie der Vater die elterliche Gewalt auszuüben hat, eine ganze Reihe bindender Anordnungen zu treffen. So kann es in Gemässheit der

[1] Nur kommt natürlich bei der freieren Stellung des Vaters dieser Charakter des Vormundschaftsgerichts als vorgesetzte Behörde dem Vater gegenüber nicht ganz so schroff zum Ausdruck, wie gegenüber dem Vormund.

[2] Aufgezählt oben § 23, S. 79.

[3] § 1677. Das heisst doch in die Beamtensprache übertragen: Das Vormundschaftsgericht hat als vorgesetzte Behörde darüber zu befinden, ob die thatsächliche Behinderung des Vaters so gross ist, dass er von der elterlichen Gewalt zu suspendieren ist, und wie ange diese Suspendierung zu dauern hat.

§§ 1796, 1630 dem Vater die Vertretung für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten entziehen. Es kann dem Vater in Gemässheit der §§ 1825, 1643 Abs. 3 eine allgemeine Ermächtigung zu den in § 1822 Note 8 bis 10 aufgezählten Rechtsgeschäften erteilen. Es kann dem Vater, soweit er laut § 1642 verpflichtet ist, Geld des Kindes verzinslich anzulegen, aus besonderen Gründen eine andere Anlegung gestatten (§ 1642 Abs. 2). Es kann nach Aufhebung des Konkurses über das Vermögen des Vaters dem Vater die Vermögensverwaltung über das Kindesgut wieder übertragen (§ 1647 Abs. 2). Es kann, wenn die vom Vater eingereichten Inventare ungenügend sind, anordnen, dass das Verzeichnis durch eine zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird (§ 1640, § 1669) eventuell, falls der Vater seiner Inventarisierungspflicht überhaupt nicht nachkommt, kann es sogar dem Vater die Vermögensverwaltung entziehen (§ 1670). Es kann die vom Gesetz getroffenen Bestimmungen über die Verteilung der elterlichen Gewalt bei einer auf Grund der §§ 1565 bis 1568 erfolgten Scheidung der Eltern abändern, wenn eine solche Abänderung aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten erscheint (§ 1635). Endlich ist, wie dies der Umstand, dass die Anordnungen des Vormundschaftsgerichts sich möglichst den augenblicklichen Verhältnissen anpassen müssen, und diese Verhältnisse einem raschen Wechsel unterliegen, schon von selbst mit sich bringt, das Vormundschaftsgericht befugt, die von ihm getroffenen Anordnungen jederzeit zu ändern (§ 1671).

Sobald es sich zeigt, dass der Vater durch die Ausübung der elterlichen Gewalt das Kind gefährden würde, ist das Vormundschaftsgericht als vorgesetzte Behörde nicht nur berechtigt, sondern direkt verpflichtet, schützend einzugreifen. Es sind die bereits im § 27 erörterten Fälle der §§ 1665, 1666, 1667 (oben Seite 93),

ferner, wenn der Mutter die elterliche Gewalt zusteht, der Fall des § 1687 Note 3, der es dem Vormundschaftsgericht zur Pflicht macht, der Mutter einen Beistand zu geben, wenn es aus besonderen Gründen, insbesondere wegen des Umfangs oder der Schwierigkeit der Vermögensverwaltung oder in den Fällen des § 1666 § 1667 die Bestellung im Interesse des Kindes für nötig erachtet.

Zum Schutz des Kindes ist endlich noch bestimmt, dass Gemeindewaisenrath und Beistand als Hülfsorgane des Vormundschaftsgerichts verpflichtet sind, dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu machen, sobald ein Fall zu ihrer Kenntnis kommt, in welchem das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten berufen ist (§ 1675 und 1689) und dass weiter der Vormundschaftsrichter, sobald er die ihm obliegenden Pflichten vorsätzlich oder fahrlässig verletzt, dem Kinde nach § 839 Abs. 1, 3 verantwortlich ist (§ 1674).